Der rechtswirksame Inhalt des Testaments nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Rudolf Pusch, Referendar.

[1917]

Der rechtswirksame Inhalt des Testaments nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg.

Vorgelegt von
Rudolf Pusch
Referendar.

P. Plaum, Hofbuchdruckerei, Wiesbaden.

[1917]

Berichterstatter:

Se. Magnifizenz Herr Rektor Professor Dr. Franz Leonhard.

Meinen Eltern in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556035_0060

Literatur-Verzeichnis.

I. Kommentare, Lehrbücher, Monographien.

Boehm: Das Erbrecht des B.G.B. 2. Auflage 1900.

Dernburg, Heinrich: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 5, Deutsches Erbrecht, 2. Auflage 1905.

Eichhorn: Das Testament. 5. Auflage von Dr. E. Goldmann 1910.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Band 1, 3. und 4. Auflage 1898, Band 3. 3. bis 5. Auflage 1898.

Enneccerus, Kipp und Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Band I, 1 von Enneccerus, 6.—8. Auflage 1911, Band II, 3 von Kipp, 2. Bearbeitung 1913.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht, Band 4, 5. Auflage 1888.

Hagen: Die guten Sitten als Rechtsbegriff, in Gruch. Beiträgen, Band 52, S. 497 ff.

Hellwig, Konrad: System des Deutschen Zivilprozeßrechtes 1912.

Hölder: Natürliche und Juristische Personen, 1905.

Kisch, Wilh.: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich, 1900, enthalten in Fischer's Abhandlungen, Band 7, Heft 2.

Kleineidam, Feodor: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich, 1900, in Fischer's Abhandlungen, Band 7, Heft 1.

Kohler, Josef. Die Ideale im Recht, im Arch. f. Bürg. Recht, Band 5, Seite 161 ff.

Kosack, Conrad: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 2, 6. Auflage 1913.

Kretzschmar, Ferdinand: Das Erbrecht des Deutschen B.G.B., 2. Auflage 1913.

Krug, Fritz: Die Geltung des Willensdogmas bei einseitigen letztwilligen Verfügungen im B.G.B. 1908.

Leonhard, Franz: Erbrecht, 2. Auflage 1912.

Meischeider: Die letztwillige Verfügung nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich, 1899.

Meyer, Paul: Das Erbrecht des B.G.B., 1.—3. Lieferung in 2. Ausgabe, 1904. 5 und 6. Lieferung in 1. Ausgabe, 1905 und 1910.

Motive, zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich.

Neukamp: Handkommentar zur Z.P.O. nebst dem Einführungsgesetze, 2. Auflage 1905.

Peiser, Heinrich: Handbuch des Testamentrechtes, 2. Auflage 1903.

Planck: B.G.B., I. 4. Aufl 1913, Band V. 3. Auflage 1908.

Prochownik: Über die Unmöglichkeit der Leistung bei Vermächtnissen, 1901.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des B.G.B.

Reichsgerichts-Räte, Kommentar der. Band III. 2. Auflage 1913.

Reincke, Otto, Die Z.P.O., 6. Auflage 1910.
Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich, 1897.
Schloßmann: Über die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, in Jhering's Jahrb., Band 37, S. 301 ff.
Seuffert: Kommentar zur Z.P.O., Band 2, 11. Auflage 1911.
Staudinger: Kommentar zum B.G.B., Band 5, Erbrecht von Herzfelder (zitiert: Staudinger).
Stein: Die Z.P.O. für das Deutsche Reich, Band II, 11. Auflage 1913.
Steinbach: Die guten Sitten im Rechte, in D.J.Z. 1899, S. 47 ff.
Strohal: Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des B.G.B., 3. Auflage, Band 1: 1903, Band 2: 1904.

II. Zeitschriften, Entscheidungssammlungen usw.

Archiv für bürgerliches Recht (Arch. f. b. R.).
Fischer, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches.
Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruch.).
Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (Jher. Jahrb..)
Juristenzeitung, Deutsche (D.J.Z.).
Juristische Wochenschrift (J.W.).
Kammergericht, Jahrbuch der Entscheidungen des — (K.G.J.).
Mugdan und Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Rspr. d. O.L.G.).
Recht, das, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Reichsgericht, Entscheidungen des — in Zivilsachen (R.G.Z.).
Reichsjustizamt, Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechtes, zusammengestellt im — (R.J.A.).
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte (Seuff. Arch.).
Striethorst's Archiv der Entscheidungen des Obertribunals (Strieth. Arch.).
Warneyer's Jahrbuch der Entscheidungen (Warn. Jahrb.).
Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß (Z.Z.P.).
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, sowie Zwangsversteigerung (Zentralblatt).

Inhaltsübersicht.

Kapitel I. **Rechtswirksamer Inhalt des Testaments.** Seite

A. Einleitung, Begriff des Testaments 9
B. Zulässige Verfügungen von Todes wegen 10
1) Rein erbrechtliche Verfügungen 11
2) Ausdrücklich vom Gesetz zugelassene Verfügungen aus anderen Gebieten 21
3) Beliebige andere Verfügungen 26
C. Die drei Grenzen der Bestimmungsfreiheit des Erblassers (vgl. Kapitel II—IV) 35

Kapitel II. **Nichtigkeit der Verfügungen von Todes wegen infolge Verstoßes gegen Verbotsgesetze.**

A. Die Verbotsgesetze 36
B. Ihre Wirkung 41
C. Anhang: Das Pflichtteilsrecht 42

Kapitel III. **Nichtigkeit der Verfügungen von Todes wegen infolge Verstoßes gegen die guten Sitten.**

A. Anwendbarkeit des § 138 B.G.B. und seine Wirkung 44
B. Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten 44
C. Beispiele 49
D. Anhang: Gegen die guten Sitten verstoßende und unmögliche Bedingungen 56
1) Begriff 56
2) Wirkung 59
3) Beispiele 61

Kapitel IV. **Unwirksamkeit von Vermächtnissen und Auflagen infolge Unmöglichkeit der vermachten oder aufgelegten Leistung.**

A. Vermächtnisse 69
1) Allgemeines. Maßgebender Zeitpunkt 69
2) Begriff und Wirkung der objektiven Unmöglichkeit 70
3) Begriff und Wirkung der subjektiven Unmöglichkeit. (Unvermögen.) 82
B. Auflagen 89

Kapitel I.

Rechtswirksamer Inhalt des Testaments.

A. Einleitung.

Begriff des Testaments.

Verfügungen von Todes wegen sind Rechtsgeschäfte, durch die jemand seine Angelegenheiten für den Fall seines Todes ordnet (Kipp. § 9). Sie zerfallen in zwei Unterarten: Testament und Erbvertrag.

Als Verfügung von Todes wegen bezeichnet man aber auch die einzelne, im Testament oder Erbvertrag enthaltene rein erbrechtliche (vgl. unten I B 1) Bestimmung, obgleich sowohl das Testament wie der Erbvertrag außer diesen rein erbrechtlichen auch noch Bestimmungen anderen Inhalts enthalten können, wie später dargelegt werden wird, also das ganze Rechtsgeschäft (Testament oder Erbvertrag) und die einzelne Bestimmung trotz ihrer übereinstimmenden Bezeichnung als „Verfügung von Todes wegen" keineswegs identisch sind. Diese Sprachverwirrung kann folgenschwere Irrtümer hervorrufen (vgl. unten S. 28 und Leonhard § 1937 Anm. I. III. A.). Es ist daher zu empfehlen, wie Leonhard a. a. O. vorschlägt, für die einzelne erbrechtliche Bestimmung den Ausdruck „Verfügung von Todes wegen" beizubehalten, ihn aber bei Bezeichnung des Testaments und des Erbvertrages durch „Verfügungsakt von Todes wegen" zu ersetzen, wodurch zudem auch besser der Inbegriff eines unter Umständen mehrere Unterabteilungen zusammenfassenden Ganzen, wie es sich im Testament oder Erbvertrag in der Regel darstellt, zum Ausdruck gebracht wird.

Den Gegenstand vorliegender Abhandlung bildet die Feststellung des rechtswirksamen Inhalts eines der beiden oben angeführten Verfügungsakte: des einfachen Testaments[1]), und zwar

[1]) Die gleichen Grundsätze gelten im Wesentlichen auch für das „gemeinschaftliche Testament" (§§ 2265 ff. B.G.B.). Nur hat hier das Gesetz die Zahl der ausdrücklich zugelassenen Bestimmungen (vgl. unten B 1 und 2) noch um zwei vermehrt: § 1516 Abs. 3 und § 2292; vgl. auch Leonhard § 2265 Anm. III; und auch § 2270.

des im übrigen, z. B. hinsichtlich der Formvorschriften für das öffentliche Testament (§§ 2232 ff.), oder der persönliches Errichten des Testamentes durch den Erblasser anordnenden Vorschrift des § 2064 u. s. w., den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Testamentes. Aus ebendemselben Grunde, eben weil nur der rechtswirksame „Inhalt" des Testamentes festgestellt werden soll, bleiben ferner auch die gesetzlichen Bestimmungen unberücksichtigt, z. B. §§ 2068, 2077, 2078 ff. 2160, auf Grund deren an sich inhaltlich zulässige und rechtswirksame Bestimmungen des Testaments durch Hinzutreten besonderer Umstände, die vom Erblasser nicht in Betracht gezogen worden sind, unwirksam, nichtig oder in entsprechender Weise abgeändert werden, sei es ohne Weiteres auf Grund der betr. Gesetzesvorschrift (vgl. z. B. § 2337 Satz 2) oder durch Anfechtung seitens eines Beteiligten (vgl. §§ 2078 ff.).

B. Zulässige Verfügungen von Todes wegen.

Vorbemerkung.

Das Testament ist ein einseitiger, widerruflicher[1]) Verfügungsakt von Todeswegen, § 1937 B.G.B.

Ehe an die Frage nach dem zulässigen Inhalt dieses Verfügungsaktes herangetreten wird, muß noch folgende Erklärung vorausgeschickt werden:

Die unten aufgeführten zulässigen Verfügungen sind, soweit sie ausdrücklich durch Gesetzesbestimmung zugelassen sind, vielfach durch direkt angefügte oder wenigstens in engem, systematischen Zusammenhange stehende andere Gesetzesbestimmungen beschränkt.[2]) Es hat keinen praktischen Wert, weitläufige Untersuchungen darüber anzustellen, ob diese einengenden Bestimmungen als besondere Verbotsgesetze im Gegensatze zu den gewährenden (vgl. Enneccerus Bd. I. 1 § 27 II. 3.), d. h. die betr. Verfügung von Todes wegen zulassenden Gesetzesvorschriften anzusehen sind oder nicht. Jedenfalls dürfen beide Arten von Rechtssätzen nicht getrennt betrachtet und behandelt werden, da sich erst bei Berücksichtigung auch der vom Gesetz bestimmten Einschränkungen ein vollkommenes Ganze ergibt und erst dann feststeht, was eigentlich durch das Gesetz zugelassen ist[3]). Aus diesem Grunde sind derartig beschränkende Vorschriften nicht im Teil II gesondert behandelt, sondern im Teil I im Zusammenhange mit der zugehörigen gewährenden Rechtsvorschrift.

---

[1]) Vgl. die in den §§ 2271, 2272 B.G.B. enthaltenen Besonderheiten für das gemeinschaftliche Testament.

[2]) Vgl. z. B. § 1777 in Verb. mit § 1778, 1780—84 u. s. w.

[3]) Vgl. zu dieser Frage Enneccerus, Bd. I 1 § 27 I.

1. Rein erbrechtliche Verfügungen.

Das Testament kann in erster Linie erbrechtliche Verfügungen von Todes wegen enthalten. Es sind dies Verfügungen, die erst mit dem Eintritt des Erbfalles, d. h. mit dem Tode des Erblassers, § 1922 Abs. 1 B.G.B., oder noch später, wie z. B. im Falle einer beigefügten aufschiebenden Bedingung, wirksam werden sollen. Nicht hierher zu rechnen ist daher eine schon vor dem Erbfall entstandene Verpflichtung, selbst wenn dieselbe erst nach dem Tode des Erblassers zu erfüllen ist. Eine solche Verpflichtung entsteht aber z. B. durch einen Vertrag zugunsten Dritter von der in § 331 Abs. 1 B.G.B. behandelten Unterart; denn auch hier ist schon mit Vertragsschluß eine wirksame Verpflichtung des Versprechenden entstanden, nur ist diese Verpflichtung erst nach dem Erbfall zu erfüllen. Ein derartiger Vertrag zugunsten Dritter ist demnach keine erbrechtliche Verfügung[1]).

Die erbrechtlichen Verfügungen lassen sich wiederum einteilen in solche, die den Verbleib des Vermögens materiell zu regeln bestimmt sind, und in Verfügungen, durch die über die Verwaltung des Nachlasses oder über das Verfahren zur Herbeiführung der Verteilung desselben Anordnungen getroffen werden.

a. Zu den Verfügungen, die den Verbleib des Vermögens materiell regeln, gehört vor allem:

α) die Erbeinsetzung. Diese ist in § 1937 zugelassen, wo bestimmt wird, daß der Erblasser durch Testament einen Erben einsetzen kann. Eine besondere Art der Erbeinsetzung, die sog. „Ersatzerbschaft", ist in § 2096 für zulässig erklärt und geregelt. Hiernach kann der Erblasser einen Ersatzerben einsetzen für den Fall, daß ein Erbe vor dem Eintritt des Erbfalles durch Tod oder Erbverzicht oder nach demselben so wegfällt, daß dieser Wegfall auf den Erbfall zurückbezogen wird, wie z. B. bei Ausschlagung (§§ 1942 ff.), Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit oder Willensmängeln (§§ 2078 ff., 2340 ff.), Tod vor Eintritt einer beigefügten aufschiebenden Bedingung (§ 158), Verweigerung einer zum Erbschaftserwerb erforderlichen Genehmigung (Art. 86, 87 E.G. z. B.G.B. Art. 6 Preuß. A.G. z. B.G.B.). Zulässig ist auch die Einsetzung von mehreren Ersatzerben nebeneinander oder hintereinander, sowie die stillschweigende Einsetzung eines Ersatzerben, wie aus §§ 2069, 2102 hervorgeht (vgl. auch § 1951)[2]).

Eine Reihe von ebenfalls die Erbeinsetzung betr. Vorschriften sind noch in den §§ 2087—2099 enthalten, die sich teils als

---

[1]) Näheres über diese spezielle Frage siehe bei Leonhard § 1937 Anm. II A und § 1922 Anm. II B.

[2]) Näheres siehe bei Leonhard zu § 2096.

Auslegungsregeln, meist gekennzeichnet durch die Beifügung der Worte: „im Zweifel", darstellen, teils aber auch eine Ergänzung zu den Anordnungen des Erblassers bilden für den Fall, daß dieser gewisse Möglichkeiten eintretenden Falles nicht in Betracht gezogen und daher keinerlei diesbezügl. Anordnungen getroffen hat. Hat der Erblasser dagegen auch für diese Fälle eine Regelung vorgesehen, so ist diese allein maßgebend; denn die vorerwähnten Gesetzesbestimmungen haben eben nur den Zweck, Lücken im Testament auszufüllen.

Auch wird dort gesagt, daß zur Gültigkeit einer Erbeinsetzung durchaus nicht erforderlich ist, den Bedachten als „Erben" zu bezeichnen, wenn nur der betr. Person entweder gas ganze Vermögen oder ein Bruchteil desselben[1]) zugewendet worden ist, daß vielmehr unter gewissen Umständen, § 2087 Abs. 2, nicht einmal die Bezeichnung als „Erbe" dem Bedachten die Erbenqualität verleihen kann.

Zweifelhaft, aber zu bejahen ist die Frage, ob auch eine fiduziarische Erbeinsetzung[2]) angängig ist, d. h. ob man jemanden zum Erben einsetzen, ihn aber zugleich verpflichten kann, sich in gewissen Punkten nicht wie ein richtiger Erbe, sondern irgend anderswie nach dem entsprechenden Willen des Erblassers zu verhalten. Fiduziarische Geschäfte, deren allgemeine Zulässigkeit nirgends mehr ernstlich bestritten wird, sind Rechtsübertragungen zu einem wirtschaftlichen Zwecke, der diese Rechtsübertragung nicht erfordert[3]). Die beabsichtigte Rechtswirkung geht also über den verfolgten wirtschaftlichen Erfolg hinaus und steht mit ihm daher nicht in Einklang, ist aber trotzdem in Wirklichkeit gewollt. Aus dieser Rechtsnatur ergibt sich schlüssig die Zulässigkeit auch einer fiduziarischen Erbeinsetzung; denn hiernach stellt sie keine unzulässige (vgl. unten Seite 21). Erweiterung der vom Gesetz erschöpfend aufgezählten rein erbrechtlichen Verfügungen von Todes wegen dar[4]), sondern hält sich in dem gesetzlichen Rahmen, da sie nach dem Willen des Erblassers als Erbeinsetzung gemäß § 1937 anzusehen ist.

Der Hauptfall, in dem eine derartige Anordnung getroffen wird, ist wohl der, daß der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernennen will, aber die Form der Erbeinsetzung wählt, um ihm

---

[1]) Über den Begriff des Bruchteils vgl. Leonhard § 2087 Anm. I B und Kipp § 44 I 1

[2]) Vgl. auch die römisch- und gemeinrechtliche fideicommissaria hereditas, an deren Stelle im B.G.B. die Nacherbschaft, §§ 2100 ff. getreten ist.

[3]) Enneccerus Bd. 1 1 § 139 I.

[4]) Da keine der in Teil II—IV abgehandelten Einschränkungen vorliegen, fiduziarische Geschäfte auch allgemein und uneingeschränkt vorgenommen werden können, wäre das nämlich der einzige in Frage kommende Behinderungsgrund.

umfassendere Befugnisse einräumen zu können, als das einem gemäß den Bestimmungen der §§ 2197 ff. ernannten Testamentsvollstrecker gegenüber geschehen kann[1]), was unter Umständen von der größten Bedeutung und Wichtigkeit ist[2]).

Welchen Einfluß hat nun der fiduziarische Charakter der Ernennung auf die Rechte und Pflichten eines derartigen Erben? Hier ist in erster Linie festzustellen, wer nach dem Eintritt des Erbfalles als Fiduziant gilt, d. h. wer den Erben zur Erfüllung seiner durch das Testament auferlegten Pflichten, auch im Klageweg, anhalten kann. Diese Frage ist in dieser Allgemeinheit nicht ohne weiteres zu beantworten, da sie von dem jeweiligen, vom Erblasser beabsichtigten wirtschaftlichen Zweck abhängen wird. Ihre Erörterung sei daher auf den angedeuteten Regelfall beschränkt, daß der Erblasser den fiduziarischen Erben als Testamentsvollstrecker gedacht und ihm testamentarisch z. B. die Verpflichtung auferlegt hat, je nachdem er Alleinerbe oder nur Miterbe ist, den gesamten Nachlaß oder nur einen Teil desselben dauernd oder bis zu einem bestimmten Termin zu verwalten, einer oder mehreren Personen den jährlichen Reinertrag auszuhändigen und alsdann die gesamte Nachlaßmasse an eine oder mehrere bestimmte Personen auszuhändigen, ohne selbst berechtigt zu sein, von dem Reinertrage oder der Nachlaßsubstanz etwas für sich zurückzubehalten oder für seine Person zu verwenden. In einem solchen Falle wird man die betr. Personen, an die zu leisten ist, als klageberechtigte Fiduzianten anzusehen haben, und zwar aus zwei Rechtsgründen, nämlich einmal, weil ihnen der fiduziarische Charakter der Anordnung ein dem Recht des Fiduzianten in einem fiduziarischen Rechtsgeschäft unter Lebenden analoges Recht verleiht, dann aber auch auf Grund des § 2174, der ihnen als Vermächtnisnehmern einen obligatorischen Anspruch gegen den beschwerten fiduziarischen Erben auf Leistung des vermachten Gegenstandes zubilligt.

Nach außen hin hat der fiduziarische Erbe jedoch, entsprechend dem Willen des Erblassers, alle Rechte und Pflichten eines gewöhnlichen Erben. So kann er die Erbschaft ausschlagen oder annehmen wie jeder andere Erbe; er ist als unbeschränkter Eigentümer eines Nachlaßgrundstückes ins Grundbuch einzutragen, als

---

[1]) Vgl. b. β; daß das Gesetz in den §§ 2197 ff. die Testamentsvollstreckerernennung mit ihren Voraussetzungen und Folgen eingehend und erschöpfend geregelt hat, kann die Zulässigkeit einer derartigen fiduziarischen Anordnung nicht beeinflussen, da ja nach außen hin der fiduziarische Erbe eben einzig und allein Erbe, nicht aber Testamentsvollstrecker ist.

[2]) Vgl. b. β; insbesondere die §§ 2220, 2227 Abs. 1, 2204 Abs. 2, 2206 Abs. 1 S. 1 Halbsatz 2, 2210 u. s. w., von welchen Einschränkungen der fiduziarische Erbe mangels besonderer testamentarischer Bestimmung völlig frei ist.

Erbe im Erbschein aufzuführen, zur Zahlung der Erbschaftssteuer verpflichtet; er kann zum Nachlaß gehörende Forderungen klagweise geltend machen und ist von den Nachlaßgläubigern auf Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten zu belangen u. s. w. Die angeführten Beispiele zeigen deutlich, daß ihm eine unbeschränkte Verfügungsmacht hinsichtlich des Nachlasses gegeben ist, der gegenüber die geringen Rechte der Fiduzianten diesen keinerlei oder doch nur geringe Sicherheit gegen eine Verletzung seiner ihm durch das Testament auferlegten Verpflichtungen bieten, da eine gegen diese verstoßende Verfügung rechtswirksam und unanfechtbar ist und den Fiduzianten nur einen Schadensersatzanspruch von mitunter sehr zweifelhaftem Wert verschafft. Das ändert aber nichts, da dieselbe Gefahr bei sämtlichen fiduziarischen Geschäften besteht, und durch den ausdrücklichen, maßgeblichen Willen des Erblassers geschaffen ist, zumal unter Umständen durch eine einstweilige Verfügung dem Äußersten vorgebeugt werden kann und den Fiduzianten im Konkurs des fiduziarischen Erben ein Aussonderungsrecht zusteht.

Eine Einschränkung ergibt sich aus der fiduziarischen Natur dieser Erbenbestellung jedoch in all den Punkten, in denen eine Pflicht oder ein Recht des Erben mit dieser Natur und dementsprechend auch mit dem Willen des Erblassers im Widerspruch stehen würde, wie an folgendem Beispiel veranschaulicht ist: hat nämlich der Erblasser, wie sonst unbeschränkt zulässig ist (vgl. unten S. 16 Anm. 4), angeordnet: „Wer mein Testament nicht anerkennt, wird auf den Pflichtteil gesetzt" und ficht trotzdem ein Pflichtteilsberechtigter das Testament an, so ist diesem in erster Linie sein Pflichtteil auszuhändigen. Die verbleibende Differenz zwischen diesem Pflichtteil und der dem Anfechtenden testamentarisch zugewandten höheren Summe u. s. w. fällt nun aber nicht dem fiduziarischen Erben in der Weise zu, daß er hinsichtlich ihrer nunmehr tatsächlicher, unbeschränkter Erbe wird, sondern man wird annehmen müssen, daß der Pflichtteilsberechtigte, trotz der Zuwiderhandlung gegen den Willen des Erblassers, insoweit nach wie vor als Fiduziant mit den von dem Erblasser zugewiesenen Rechten zu behandeln ist. Weiterhin wird man auch § 2221, der dem Testamentsvollstrecker mangels entgegenstehender Anordnung des Erblassers einen Anspruch auf angemessene Vergütung seiner Tätigkeit zubilligt, analog anzuwenden haben.

Die fiduziarische Erbeinsetzung, die im Rahmen dieser Abhandlung natürlich nicht eingehend, sondern nur in allgemeinen Umrissen besprochen werden kann, ist leider bisher in der Literatur wenig oder garnicht berührt worden, obwohl sie, wie bereits erwähnt, von großer Bedeutung und Entwickelungsfähigkeit ist, da sie es dem Erblasser ermöglicht, eine ganze Reihe von

Einschränkungen, insbesondere bezgl. der rein erbrechtlichen Verfügungen, zu beseitigen und zu vermeiden.

β) In zweiter Linie ist das Vermächtnis zu erwähnen. Darunter ist nach § 1939 zu verstehen: die testamentarische Zuwendung jedes denkbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen Vermögensvorteils[1]) an eine Person, ohne daß dieselbe als Erbe eingesetzt wird. Und zwar erfolgt die Zuwendung im Wege der Begründung einer Forderung zugunsten des Bedachten, des Vermächtnisnehmers, und zu Lasten eines anderen vom Erblasser Begünstigten, des Beschwerten, der selbst Vermächtnisnehmer oder Erbe oder durch Vertrag von Todes wegen, der unter Lebenden abgeschlossen worden ist, bedacht sein muß, § 2174 B.G.B.

Besondere Arten von Vermächtnissen sind das „Vorausvermächtnis"[2]) und das „Ersatzvermächtnis". Ersteres, § 2150, ist das dem Erben zugewandte Vermächtnis, während beim Ersatzvermächtnis, § 2190, das im wesentlichen der oben besprochenen Einsetzung eines Ersatzerben analog gestaltet ist, der Erblasser für den Fall, daß ein Vermächtnisnehmer das ihm zugewandte Vermächtnis nicht erwirbt, den Gegenstand des Vermächtnisses einem anderen, dem sog. Ersatzvermächtnisnehmer, zuwendet.

Eine Reihe von ebenfalls das Vermächtnis betreffenden Vorschriften sind in den §§ 2147—2191 getroffen. Auch hier handelt es sich meist um Auslegungsregeln oder Ergänzungsbestimmungen in dem bereits oben zu den §§ 2087—2097 dargelegten Sinne. Außerdem ist daselbst in § 2156 bestimmt, daß der Erblasser, falls er nur den Bedachten und den mit dem Vermächtnis verbundenen Zweck festgelegt hat, die endgültige Feststellung und Bestimmung der vermachten Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überlassen kann, und daß auf die Art und Weise der Vornahme der Bestimmung durch den oder die dazu Ermächtigten, auf die Möglichkeit ihrer Anfechtung und ihre evtl. Feststellung im Urteilswege die §§ 316—319 entsprechende Anwendung finden[3]).

γ) Weiterhin ist dem Erblasser in § 1940 das Recht zugestanden, eine Auflage testamentarisch anzuordnen, d. h. er kann dem mit der Auflage Beschwerten, nämlich einem Erben oder Vermächtnisnehmer, die Verpflichtung auferlegen, zu einem bestimmten Zwecke[4]) etwas zu tun oder zu lassen, ohne daß der-

---

[1]) Über diesen Begriff vgl. Leonhard § 2147 Anm. I A; über das Vermächtnis eines nur der Gattung nach bestimmten Gegenstandes, des sog. Gattungsvermächtnisses, unten S. 88

[2]) Über diese Vermächtnisart vgl. näheres unten S. 73 ff.

[3]) Bzgl. der §§ 2151—2154 vgl. unten S. 39 über §§ 2169 ff. unten IV A.

[4]) Zulässig im Wege der Auflage sind auch Bestimmungen über die Art des Begräbnisses, z. B. einer Feuerbestattung; Näheres über diese Frage vgl. bei Leonhard § 1968 Anm. IV und § 2192 Anm. II A; Kipp

jenige, zu dessen Gunsten die Auflage errichtet ist, das Recht hat, diese Leistung, der nicht unbedingt ein Vermögenswert innewohnen muß[1]), für sich zu beanspruchen[2]). Das Recht, die Vollziehung einer Auflage zu verlangen, steht vielmehr nur dem Erben, dem Miterben, demjenigen, dem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde, also z. B. Abkömmlingen des Erben, Ersatzerben, Nacherben usw., und schließlich, falls die Vollziehung im öffentlichen Interesse gelegen ist, der betr. zuständigen Behörde zu (§ 2194, vgl. auch § 2223).

Auch hier finden sich wieder in einem besonderen Gesetzestitel, §§ 2192 bis 2196 erläuternde Bestimmungen, von denen das Gleiche gilt, was oben unter *α* und von den der Erbeinsetzung und dem Vermächtnis in besonderen Titeln angefügten Gesetzesbestimmungen gesagt ist, zumal in § 2192 ein Teil dieser Bestimmungen für entsprechend anwendbar erklärt wird[3]).

δ) Der Erblasser darf auch durch letztwillige Verfügung einen Verwandten oder seinen Ehegatten — den Letzteren auch vom sog. Voraus, da dieser dem Ehegatten gemäß § 1932 kraft seines gesetzlichen Erbrechtes zusteht — von der gesetzlichen Erbfolge gänzlich ausschließen, § 1938, oder ihn doch wenigstens, soweit es sich um einen Abkömmling, Eltern oder Ehegatten handelt, auf den Pflichtteil setzen[4]). Eine derartige Bestimmung kann sogar den einzigen Inhalt des Testaments bilden, sodaß dieses einen lediglich negativen Inhalt erhält. Anders verhält es

---

§ 1 Abs. 2 und § 113 Abs. 1 nebst Anm. 1, Dernburg Bd. 5 Seite 245; Sandheim und Joseph im Recht 1915 Seite 43 und S. 103; Markus im Zentralbl. Bd. 5 S. 767; Reichsgericht in D. J. Z. 1912 L. 634/35; Enneccerus Bd. I 1 § 114 I 1, nebst Anm. 5; Rausnitz im Recht 1903 S. 593; O.L.G. Hamburg in Rspr. d. O.L.G. Bd. 16 S. 262.

[1]) Leonhard § 2192 Anm. II B.

[2]) Kipp § 113 Abs. I.

[3]) Eine vermächtnis- oder auflageähnliche Begünstigung kann auch dadurch bewirkt werden, daß eine Erbeinsetzung, ein Vermächtnis oder eine Auflage unter die Bedingung einer Leistung an einen Dritten oder für irgend einen Zweck gestellt wird. Zwar ist der so Begünstigte niemals Vermächtnisnehmer; trotzdem sind aber in diesem Falle eine ganze Reihe der vom Gesetz hinsichtlich eines Vermächtnisses oder einer Auflage getroffenen Bestimmungen analog anzuwenden, da in bezug auf den in diesen Bestimmungen zum Ausdruck kommenden Grundgedanken das Vermächtnis oder die Auflage mit der angeführten ähnlichen Begünstigung in den maßgebenden Punkten völlig übereinstimmt und sich nur in unwesentlichen, die Regel innerlich nicht berührenden Punkten unterscheidet (Gesetzesanalogie; Enneccerus Bd. I 1 § 53 II 1 a). Hiernach sind analog anwendbar: z. B. die §§ 2181, 2182/83, 2188, 2193 u. s. w. (Näheres vgl. noch bei Kipp § 9 I 1 f. u. § 115.)

[4]) Vgl. die vielfach übliche, zulässige Klausel: „Wer von meinen Erben das Testament nicht anerkennen will, wird auf den Pflichtteil gesetzt."

sich bezügl. des Fiskus in seiner Eigenschaft als in letzter Linie berufener gesetzlicher Erbe, § 1936. Soll dieser ausgeschlossen werden, so kann das nur geschehen, wenn noch andere gesetzliche Erben vorhanden sind oder zugleich ein anderer Erbe eingesetzt wird, weil die Erbfolge des Fiskus beim Fehlen anderer Erben durch zwingendes Recht angeordnet ist, obwohl in diesen Fällen die ausdrückliche Ausschließung überflüssig und daher praktisch bedeutungslos ist, da der Fiskus mit vorhandenen gesetzlichen oder testamentarischen Erben niemals in Konkurrenz tritt, sondern nur für den Fall völligen Fehlens von Erben berufen ist[1]). Diese Regelung entspricht dem praktischen Bedürfnis; denn dem Erblasser kann nicht das Recht eingeräumt werden, jegliche Nachfolge in seine Hinterlassenschaft auszuschließen. Auch würden die Nachlaßgläubiger in große Schwierigkeiten geraten, wenn mit dem Tode ihres Schuldners dessen Vermögen, das in erster Linie ihrer Befriedigung dient, zum herrenlosen Gut würde, dem Zugriff jedes beliebigen Menschen preisgegeben.

Unzulässig ist daher die Ausschließung „aller" gesetzlichen Erben ohne gleichzeitige Einsetzung anderer Erben, es sei denn, daß die Auslegung ergibt, daß der Erblasser darunter nur seine erbberechtigten Verwandten, und seinen Ehegatten, nicht aber den Fiskus verstanden hat. Hat er jedoch auch diesen ausschließen wollen, so ist gemäß § 2085 trotzdem nur die Ausschließung des Fiskus ungültig, wenn den übrigen ausgeschlossenen gesetzlichen Erben nicht der Beweis gelingt, daß der Erblasser, falls er von der Unentziehbarkeit des fiskalischen Erbrechts Kenntnis gehabt hätte, seine sonstigen gesetzlichen Erben nicht völlig von jeder Erbfolge ausgeschlossen haben würde.

Zu erwähnen ist an dieser Stelle auch noch die Bestimmung des § 1969 Abs. 2, wonach der Erblasser das dort näher dargelegte, in Anlehnung an den sog. „Dreißigsten" des deutschen Rechtes geschaffene Recht zu entziehen befugt ist.

ε) Natürlich bleiben durch die erörterten erlaubten Ausschließungen die Pflichtteilsrechte der ausgeschlossenen Personen unberührt.

Aber auch der Pflichtteil kann vom Erblasser unter gewissen Umständen im Wege letztwilliger Verfügung entzogen werden, § 2336. Die Voraussetzungen, unter denen diese Entziehung gestattet ist, sind in den §§ 2033—2335, 2337 festgesetzt und müssen vom Erblasser im Testament angegeben werden. Eine ausdrückliche Erklärung der Entziehung dagegen ist nicht erforderlich; vielmehr genügt es, wenn der sonstige Inhalt des Testamentes sie klar erkennen läßt, indem der Erblasser z. B. eine oder meh-

[1]) Leonhard, Anm. zu § 1938, Kipp § 7 2.

rere andere Personen zu „Universalerben" ernennt, ohne den betr. Pflichtteilsberechtigten zu erwähnen.[1]) Anderer Ansicht ist Endemann.[2]) Seine Meinung ist jedoch nicht haltbar, da nicht einzusehen ist, weshalb der Erblasser nicht z. B. folgendes Testament errichten kann: „da mein einziger Sohn A. mich verschiedentlich vorsätzlich körperlich mißhandelt hat, setze ich meine Tochter B. zur Universalerbin ein." Denn der offenbare Sinn des Verfügungsaktes: Ausschluß des Pflichtteilsrechtes des Sohnes A., ist über jeden Zweifel klar, und daher eine nochmalige ausdrückliche Festlegung desselben entbehrlich und überflüssig.

Eine besondere, mildere Art dieser Entziehung, die sich, abgesehen von der Einschränkung des Zugriffes der Gläubiger des Erben[3]), wenigstens im praktischen Erfolg, hauptsächlich als Einschränkung des Verfügungsrechtes des Erben, teils in erbrechtlicher Hinsicht, teils auch schon unter Lebenden darstellt, ist in § 2338 geregelt (früher: Exheredatio bona mente). Hiernach ist es nämlich zulässig, falls ein Abkömmling derart verschwenderisch oder überschuldet ist, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird, den Pflichteilsberechtigten zum Vorerben bzw. Vorvermächtnisnehmer zu machen, unter Einsetzung einer mit seinem Tode eintretenden Nacherbschaft bzw. Nachvermächtnisnahme seiner gesetzlichen Erben im Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile[4]). Der Erblasser ist sogar berechtigt, den Abkömmling in noch weitgehenderem Maße einzuschränken, indem er ihm nämlich auf Lebenszeit die Verwaltung der ihm anfallenden Zuwendung entzieht und in die Hände eines Testamentsvollstreckers legt. Dann bleibt dem Abkömmling lediglich der Anspruch auf den jährlichen Reingewinn, den der Testamentsvollstrecker bei seiner Verwaltung erzielt. Letztere Ein-

---

[1]) So auch: Leonhard § 2336 Anm. I B; Böhm § 107 IV a; Schiffner S. 75 Anm. 47, 48, Planck § 2336 Anm. 1.

[2]) Band 3, § 134, Anm. 10.

[3]) Die nur unter gleichzeitiger Einschränkung der Rechte des Erben, nicht aber allein zulässig ist; vgl. Leonhard § 2338 Anm. VI C; R.G.Z. Bd. 1 Seite 175, Bd. 14 S. 278.

[4]) Der Erblasser kann den Nacherben auch als befreien Vorerben einsetzen (§ 2136). Dadurch sind demselben alle erbrechlichen Verfügungen unmöglich gemacht, was vielfach schon dem Erblasser genügen wird. Daß diese Anordnung zu Recht bestehten muß, geht einmal daraus hervor, daß im Gesetz lediglich gesagt ist, der Erblasser dürfe die gesetzlichen Erben des Abkömmlings zu „Nacherben" einsetzen. Um Nacherben im technischen Sinne handelt es sich aber auch dann, wenn der ihnen vorgehende Vorerbe gemäß § 2136 befreit ist, da es sich in diesem Falle nur um eine besonders gestaltete Vorerbschaft handelt. Weiterhin spricht dafür, daß § 2338 auch zuläßt, dem Abkömmling ein Vorvermächtnis zuzuwenden; denn in diesem Falle wird, wie sich aus § 2191 ergibt, derselbe Erfolg wie bei der befreiten Vorerbschaft erzielt: dem Vorvermächtnisnehmer wird die erbrechtliche Verfügungsmacht entzogen. Vgl. Leonhard § 2338 Anm. A I und 2.

schränkung kann vom Erblasser auch allein angeordnet werden, ohne gleichzeitige Einsetzung von Nacherben bzw. Nachvermächtnisnehmers[1]).

Weggefallen ist im B.G.B. das sogenannte formelle Noterbrecht des römischen Rechtes, wonach der Erblasser gewisse Intestaterben im Testament entweder zu Erben einsetzen (honor institutionis) oder enterben mußte (nota exheredationis), sie also nicht stillschweigend übergehen durfte, wie das nach dem B.G.B. zulässig ist.

η) Es ist dem Erblasser ferner unbeschränkt gestattet, ein früheres Testament sowohl im Ganzen als auch jede einzelne im Testament enthaltene Verfügung jederzeit durch eine neue testamentarische Verfügung zu widerrufen, und zwar kann dieser Widerruf ausdrücklich, §§ 2253, 2254, und stillschweigend erfolgen durch Errichtung eines neuen, zu dem aufzuhebenden Testament im Widerspruch stehenden Testaments, § 2258. Auf dieses Recht kann der Erblasser weder vertraglich, § 2302, noch durch einseitige Verpflichtungserklärung im Testament verzichten. Unwirksam ist daher eine im Testament enthaltene derogatorische Klausel, wonach dasselbe unwiderruflich oder nur in einer bestimmten Form widerruflich sein soll, weil sie eine unsittliche (vgl. unten III) Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Erblassers enthalten würde[2]).

Etwas Ähnliches ist bestimmt hinsichtlich einer in einem Erbvertrage enthaltenen, ein Vermächtnis oder eine Auflage anordnenden Verfügung, § 2291. Auch eine solche Verfügung kann von dem Erblasser, falls er Vertragspartei war, einseitig durch Testament aufgehoben werden, allerdings, was bei dem Vertragscharakter des Erbvertrages selbstverständlich und unerläßlich erscheint, nur unter gewissen Voraussetzungen, nicht unbeschränkt wie bei Aufhebung einer testamentarischen Anordnung[3]). Es bedarf nämlich hierzu der gerichtlich oder notariell beglaubigten, dann aber auch unwiderruflichen Zustimmungserklärung des Erbvertraggegners[4]).

Wie sich ferner aus den §§ 2293—2296 ergibt, kann der Erblasser unter gewissen Umständen vom Erbvertrage zurücktreten.

---

[1]) Über die hierdurch zugleich bewirkte Beschränkung des Zugriffes der persönlichen Gläubiger des Erben, die wohl meist das treibende Motiv dieser Anordnung sein wird, vgl. Leonhard § 2338 Anm. VI, insbesondere VI C.

[2]) Leonhard § 2302 Anm. IV; Kretzschmar S. 66.

[3]) Keine Einschränkungen sind gegeben dann gegeben, wenn Ehegatten einen zwischen ihnen geschlossenen Erbvertrag durch gemeinschaftliches Testamet aufheben, wie sich aus § 2292 ergibt; denn es handelt sich hier um dieselben Personen, die den Vertrag abgeschlossen haben, also auch frei berechtigt sind, ihn gemeinschaftlich wieder aufzuheben.

[4]) Vgl. auch § 2290 Abs. 3 in Verb. mit § 2291 Abs. 1 Satz 3.

Durch § 2297 ist ihm nach dem Tode des Vertraggegners die Möglichkeit gegeben, durch Testament die vertragsmäßige Verfügung in dem Umfange aufzuheben, in dem ihm das Rücktrittsrecht zusteht[1]).

b) Weiterhin enthält das Gesetz eine Reihe ausdrücklicher Bestimmungen, wonach dem Erblasser die Befugnis zusteht, über die Verwaltung des Nachlasses und das Verfahren zur Herbeiführung der Hinterlassenschaftsverteilung gewisse Anordnungen durch Testament zu treffen.

α) So können im Testament die in den §§ 2048 und 2049 näher dargelegten Anordnnugen über die Art und Weise der Erbteilung vorgesehen werden. Der Erblasser kann sogar den Teilungsanspruch der Erben, und zwar sowohl hinsichtlich des ganzen Nachlasses als auch einzelner bestimmter Gegenstände, ausschließen, allerdings nur zeitweilig, nicht dauernd, wie sich aus § 2044 Abs. 2 ergibt[2]).

β) In den §§ 2197—2228 sind Bestimmungen getroffen, wonach es dem Erblasser freisteht, einen oder mehrere Testamentsvollstrecker zu ernennen und diesen gewisse Befugnisse zur Verwaltung des Nachlasses, Bewirkung der Auseinandersetzung der Miterben, Ausführung der letztwilligen Verfügungen usw.[3]) zu übertragen. Weiter finden sich daselbst noch ergänzende und erläuternde Bestimmungen in dem oben unter *α*, *β* beschriebenen Sinne, z. B. über das Ende des Testamentsvollstreckeramtes, §§ 2210, 2225, 2227, dessen Recht, sein Amt zu kündigen, § 2226, seinen eventl. Honoraranspruch, § 2221, u. s. w.

Diese Befugnisse sind in den §§ 2203—2210, 2222 und 2223 erschöpfend geregelt. Somit kann der Erblasser zwar den Umfang der Machtbefugnisse des Testamentsvollstreckers einengen, eine Erweiterung dieser Rechte über das bezeichnete Höchstmaß hinaus ist jedoch — soweit es sich nicht um solche Rechte handelt, die der Erblasser auch jedem beliebigen Dritten verleihen könnte — unzulässig. Daß die Regelung in den angezogenen Paragraphen eine erschöpfende ist, geht einmal aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen[4]) hervor, ergibt sich aber auch schon aus dem Umstande, daß sie bis ins Einzelne genau und eingehend getroffen ist. Unzulässig ist es daher auch,

---

[1]) Vgl. §§ 2297 Abs. 2, woselbst für einen besonderen Fall einige Modifikationen getroffen sind.

[2]) Vgl. unter II A 1 a.

[3]) Über die Frage, ob der Testamentsvollstrecker mit der Vornahme der Feuerbestattung beauftragt werden kann, vgl. Kipp § 113 Anm. 1 und Markus im Zentralbl. Bd. 5 S. 768.

[4]) Vgl. Motive Bd. V, Seite 241, Protokolle Bd. V S. 307, 309, 543 und Reichsgericht in J. W. 1915 S. 245 Nr. 7.

dem Testamentsvollstrecker das Recht zur authentischen Auslegung des Testamentes zu übertragen[1]).

Damit ist die Reihe der rein „erbrechtlichen" Verfügungen geschlossen, deren Zahl und Inhalt durch das Gesetz fest begrenzt ist. Hinsichtlich dieser besonderen Art letztwilliger Verfügungen herrscht nämlich keine Bestimmungsfreiheit, wie diese überhaupt kein allgemein im B.G.B. gültiges Prinzip darstellt, sondern lediglich im Schuldrechte als Regel gilt[2]).

2. Ausdrücklich vom Gesetz zugelassene Verfügungen aus anderen Gebieten.

Außer diesen erbrechtlichen Verfügungen von Todes wegen läßt das Gesetz aber durch ausdrückliche Bestimmung noch eine ganze Reihe anderer testamentarischer Anordnungen zu, so:

a) die Anordnung einer Stiftung.

α) Der Regelfall und die allgemein, d. h. auch für die unten aufgeführten Sonderarten gültigen Gesetzesvorschriften finden sich in den §§ 80, 83, 84. Daselbst ist bestimmt, daß der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen eine Stiftung, d. h. eine nicht in einem Personenverbande bestehende, mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Organisation zur Verwirklichung bestimmter Zwecke, begründen kann, die allerdings zur Entstehung noch der Genehmigung des jeweils zuständigen (§ 80) Bundesstaates bzw. des Bundesrates bedarf.

β) Wie sich aus den §§ 85, 86 in Verbindung mit Art. 3 des E.G. zum B.G.B. ergibt, sind auch noch einige besonders geartete Stiftungen aus früheren Partikular-Rechten erhalten geblieben und insoweit dem Landesrecht Regelungsbefugnisse zugestanden worden, so die „Familienstiftung", d. h. eine Stiftung, die laut Stiftungsurkunde ausschließlich dem Interesse der Mitglieder einer bestimmten Familie oder mehrerer bestimmter Familien zu dienen bestimmt ist.

Die für diese Sonderart vom Preußischen Landesrecht getroffenen Sonderbestimmungen hinsichtlich der Form des Stiftungsgeschäftes, seines zulässigen Inhalts u. s. w. finden sich im Preuß. A.G. zum B.G.B. in den Artikeln 1—4 und 7, § 1.

γ) Eine weitere Unterart bilden die Familienfideikommisse. Sie haben ebenfalls ihre landesgesetzliche Sonderregelung unter der Herrschaft des B.G.B. beibehalten, vgl. Artikel 3. 59 E.G. zum B.G.B. Die einschlägigen, für Preußen geltenden Bestimmungen

[1]) Näheres vgl. unter II A 2 b *α*.

[2]) Vgl. Leonhard § 1937 Anm. II D.

finden sich im wesentlichen im A.L.R. Teil II, Titel 4, §§ 23 ff., 47 ff. und Art. 89, 1 c, 10, 11 des Preuß. A.G. zum B.G.B.[1]).

b) Eine weitere, hierher gehörige gesetzliche Bestimmung ist § 332. Hiernach kann der Erblasser, der einen Vertrag zur Rechten eines Dritten abgeschlossen und sich vorbehalten hat, an Stelle dieses ohne Zustimmung des Vertragsgegners einen anderen zu setzen, dies im Zweifel auch durch eine Verfügung von Todes wegen tun. Diese Bestimmung ist von besonderer praktischer Bedeutung bei Lebensversicherungsverträgen auf den Todesfall[2]).

c) Auch auf dem Gebiete des Familienrechtes hat das Gesetz dem Erblasser eine ganze Reihe von testamentarischen Anordnungen, insbesondere auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechtes, erlaubt.

Der gesetzlichen Reihenfolge nach kommen hier folgende Bestimmungen in Betracht: § 1369 (dingliche wirkende Bestimmung, daß das vom Erblasser einer im gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung lebenden Ehefrau Zugewendete Vorbehaltsgut der Bedachten sein soll; bezüglich der vertragsmäßigen Güterstände vgl. die entsprechenden, auf § 1369 verweisenden Gesetzesvorschriften in den §§ 1440, 1486, 1526, 1553, 1549; §§ 1509, 1511 ff. (gewisse letztwillige Verfügungen für den Fall der fortgesetzten Gütergemeinschaft); § 1598 (Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes); § 1638 Abs. 1, 1686, 1909 Abs. 1 Satz 2 (Ausschluß der Verwaltung des Gewalthabers oder des Vormundes hinsichtlich des vom Erblasser zugewandten freien Kindesvermögens); §§ 1639, 1686, 1803 (den Inhaber der elterlichen Gewalt oder den Vormund, jedoch nicht unbedingt, bindende Anordnungen, betr. Verwaltung des betr. zugewendeten freien Kindesvermögens); § 1640 Abs. II, 1686, 1692 Satz 2 (Verfügung des Vaters oder der Mutter, daß die Anordnung des Vormundschaftsgerichtes, der Vater oder die Mutter solle das ihrem Kinde infolge Todesfalle des betr. Elternteils zufallende Vermögen durch eine Behörde, einen Beamten oder einen Notar verzeichnen lassen, ausgeschlossen sein soll); § 1651 Abs. I Ziffer 2 (Anordnung daß die Zuwendung zum „freien" Vermögen des bedachten Kindes werden soll); §§ 1687 Ziffer 2, 1777 (Anordnung des Vaters, daß der Mutter für die Ausübung der elterlichen Gewalt ein Beistand bestellt werde); § 1688 (Bestimmung des

---

[1]) Zur Zeit liegt dem preußischen Landtage der Entwurf zu einem Fideikommißgesetz vor, das in diesem lückenhaft und durch teilweise gan veraltete Rechtssätze bestimmten Rechtsstoff Ordnung schaffen soll; vgl. die Aufsätze in D. J. Z. 1917, S. 282 ff. und im Recht 1917, S. 111 ff.

[2]) Vgl. auch § 166 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908.

Umfanges des dem vorerwähnten Beistande zugewiesenen Wirkungskreises); § 1777 in Verb. mit §§ 1778—1784 (Benennung eines Vormundes für einen Minderjährigen — nicht einen Volljährigen, vgl. § 1898 — durch den Vater oder die Mutter unter Beachtung der in §§ 1778—1784 gezogenen Grenzen); § 1792 (Ernennung eines Gegenvormundes); § 1797 (Bestimmungen über die Art und Weise, wie zwischen einer Mehrheit von Vormündern entstandene Meinungsverschiedenheiten zu entscheiden sind, die allerdings keine unbedingte Gültigkeit haben); § 1856 (setzt entsprechende Anwendung des vorerwähnten § 1777 auf den Fall der befreiten Vormundschaft fest); §§ 1858, 1859, 1861, 1863, 1866, 1868, 1880 (Anordnung der Einsetzung eines Familienrats); § 1915 (bestimmt mit gewissen Einschränkungen entsprechende Anwendung der für die Vormundschaft getroffenen Regelung auch für den Fall einer Pflegschaft).

Anhang.

d) Weiterhin zugelassen ist, wenn auch nicht ausdrücklich, die Aufnahme der sog. „Schiedsgerichtsklausel" in das Testament. Das ergibt sich aus § 1048 Z.P.O., dessen, gegenüber § 872 ält. Bezifferung unverändert beibehaltene Fassung: „Auf Schiedsgerichte, welche in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, finden die Bestimmungen dieses Buchs entsprechende Anwendung" sonst wohl kaum nach dem Inkrafttreten des B.G.B. gerechtfertigt sein würde, da sie offensichtlich die Zulässigkeit der Anordnung von Schiedsgerichten durch letztwillige Verfügungsakte voraussetzt. Nicht entgegen steht die Vorschrift des § 2065, wonach der Erblasser eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen kann, daß ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll; sie läßt sich vielmehr als argumentum e contrario verwerten, da der Schiedsrichter keinerlei willkürliche Bestimmung treffen darf, sondern eine rein richterliche Tätigkeit zu entfalten hat, wie unten darzulegen ist.[1])

Unentschieden bleibt dagegen in § 1048 Z.P.O. die Frage, welche Funktionen der Erblasser dem Schiedsrichter übertragen kann. Über diesen Punkt herrscht in der Literatur Streit. Die eine Meinung[2]) behauptet, der Erblasser sei nur befugt, ein Schiedsgericht über solche erbrechtliche Fragen anzuordnen, deren Entscheidungen er überhaupt einem Dritten zu übertragen berechtigt sei, während ihm dies Recht insoweit versagt werden

[1]) Kretzschmar Seite 134.
[2]) Leonhard § 2065 Anm. IV; Kipp § 128.

müsse, als er die betr. Entscheidung einem anderen überhaupt nicht überlassen dürfe oder doch nur dessen billigem Ermessen, sodaß noch eine richterliche Nachprüfung möglich sei, §§ 2048, 2155, 2156, was im Falle eines schiedsrichterlichen Spruches ausgeschlossen ist, § 1040 Z.P.O. Diese Ansicht trifft das Richtige. Allerdings ist die Anordnnug des Erblassers, daß ein Dritter bestimmen solle, wer sein Erbe sein soll, äußerlich etwas anderes, als die Anordnung eines Schiedsgerichtes darüber, wer bei richtiger Auslegung des Testamentes Erbe sei, wie ja überhaupt jede richterliche Entscheidung grundverschieden ist von einem privatrechtlichen, konstituierenden Akte. Aber andererseits kann doch auch nicht geleugnet werden, daß die schiedsrichterliche Entscheidung in ihren Wirkungen praktisch der privatrechtlichen Bestimmung durch den Dritten außerordentlich nahe kommt und zwar nicht einer der richterlichen Nachprüfung unterliegenden Bestimmung, sondern der Bestimmung mit endgültiger Kraft, § 1040 Z.P.O. (vgl. Kipp § 128). Für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht spricht besonders, daß andernfalls die Vorschrift des § 2065, wonach der Erblasser keinem anderen das Recht einräumen darf, zu bestimmen, ob eine letztwillige Verfügung gelten oder nicht gelten solle, und von der nur einige wenige Ausnahmen nebensächlicher Art (vgl. unten II A 2 b α) zugelassen sind, vom Erblasser ganz einfach umgangen werden könnte. Er brauchte einer solchen Anordnung nur das Mäntelchen der Schiedsgerichtsklausel umzuhängen, und dem betr. Dritten als „Schiedsrichter" eine derartige Befugnis zuzusprechen.

Anderer Ansicht sind freilich Hellwig, Strohal, Planck und Schloßmann[1]). Sie behaupten, daß die Schiedsgerichtsklausel „bezüglich aller Ansprüche vollwirksam sei, welche lediglich auf der vom Erblasser getroffenen letztwilligen Anordnung beruhten." Sie begründen u. a. ihre Meinung mit der Tatsache der unveränderten Aufnahme des § 872 Z.P.O. alter Zählung in die neu gefaßte Z.P.O., woraus geschlossen werden müsse, daß „der letztwilligen Schiedsgerichtsklausel hinsichtlich der bezeichneten Ansprüche dieselbe Wirkung beizumessen sei, wie einem zwischen Ansprüche geschlossenen Schiedsvertrage." Dieses Argument besitzt jedoch keinerlei Beweiswert, da, wie schon oben erwähnt, die Z.P.O. sowohl nach der alten wie neuen Fassung nur auf das bürgerliche Recht und dessen Regelung des zulässigen Inhaltes einer testamentarischen Schiedsgerichtsklausel verweist, ohne selbst diese Frage zu berühren oder gar zu entscheiden, wie die Worte „in gesetzlich statthafter Weise" dartun, wodurch der

---

[1]) Strohal Bd. I § 23 Anm. 44; Hellwig § 266 I; Planck, Vorbem. 2 zu §§ 1937 und 1941; Schloßmann in Jhering's Jahrbüchern 2. Folge Bd. 1, Seite 301 ff.

gegnerischen Ansicht auch die Anziehung des § 1025 Z.P.O. als Argument für ihre Meinung unterbunden wird.

Noch einen anderen Vorwurf macht Strohal a. a. O. der von Leonhard und Kipp vertretenen Ansicht: Er erblickt darin eine Inkonsequenz dieser Schriftsteller, daß sie dem Erblasser das Recht absprächen, einem Schiedsgericht die Entscheidung über die Erbfolge zu übertragen und es trotzdem für zulässig erachteten, einem Schiedsgerichte die Entscheidung über die Frage zu übertragen, ob die einer Erbeinsetzung beigefügte Bedingung erfüllt sei oder nicht; denn eine derartige Befugnis kann der Erblasser auch jedem beliebigen Dritten übertragen (vgl. unten II A 2 b α). Auch liegt dieser Behauptung eine Verkennung der in den von Strohal beispielsweise angeführten Fällen zur Entscheidung stehenden Frage bzw. eine Vermischung der die Entscheidung des Schiedsrichters veranlassenden Gründe mit den praktischen Folgen der Entscheidung zugrunde. Es bedarf wohl keines weiteren Nachweises, daß es etwas Grundverschiedenes ist, ob ich — als Schiedsrichter — nach freiem Belieben bestimme: die und die Anordnung des Erblassers soll, weil ich, der Schiedsrichter, es so will, nicht gelten, während eine andere Geltung haben soll, oder ob ich nach bestem Wissen in richterlicher Eigenschaft, nachdem ich das vorliegende Material genau geprüft habe, entscheide, die vom Erblasser gesetzte Bedingung ist aus den und den Gründen erfüllt oder nicht erfüllt. Denn erst eine — allerdings notwendige — Folge dieser Entscheidung ist die Feststellung, ob die bedachte Person Erbe geworden ist oder nicht.

Ebenso wenig zutreffend ist die weitere Bemängelung Strohal's, von Seiten der hier gebilligten Ansicht werde das Amt des Schieds-„Richters" verkannt. Seine Aufgabe bestehe keinesfalls in der willkürlichen Bestimmung darüber, ob eine letztwillige Verfügung des Erblassers gelten solle oder nicht, oder in der willkürlichen Bestimmung, wer eine Zuwendung, deren Subjekt, der Erblasser nicht bestimmt habe, erhalten, oder was den, vom Erblasser nicht bestimmten Gegenstand einer Zuwendung bilden solle, sondern nur in der Entscheidung eines Rechtsstreites. Denn diese Meinung wird von Leonhard und Kipp vollkommen geteilt und steht in keinerlei Widerspruch oder Gegensatz zu der von ihnen vertretenen Ansicht.

Wieder andere Schriftsteller[1]) bringen die Schiedsgerichtsklausel unter dem Gesichtspunkt der Auflage. Gegen diese Auffassung sprechen verschiedene Erwägungen: Einmal der Umstand, daß das Recht auf Vollziehung der Auflage gemäß § 2194 B.G.B. nur gewissen Personen zusteht. Diese Bestimmung, ent-

[1]) Stein Z.P.O. Anm. zu § 1048; Dernburg, Bürg. R. Bd. V § 86 Ziff. VI Abs. 7; Staudinger § 1937 Anm. 3.

sprechend auf die letztwillige Schiedsgerichtsklausel angewandt, würde daher bewirken, daß unter Umständen diejenigen, z. B. Vermächtnisnehmer untereinander, deren Streitigkeiten vor einem Schiedsgerichte ausgetragen werden sollen, sich garnicht auf die betr. Klausel berufen könnten, was zu ganz unhaltbaren Zuständen führen und außerdem wohl niemals dem Willen des Erblassers entsprechen würde.[1])

Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß nach dem Recht der Auflage die vom Erblasser letztwillig getroffene Bestimmung, daß z. B. Streitigkeiten zwischen dem eingesetzten Erben und den mit Vermächtnissen Bedachten vor einem Schiedsgericht ausgetragen werden sollen, vom beschwerten Erben unter Umständen einfach dadurch praktisch illusorisch gemacht werden könnte, daß er mit seinen Miterben oder mit demjenigen, dem bei seinem Wegfallen sein Erbteil zufallen würde, ein dahingehendes Abkommen eingeht, was sicherlich den Intentionen des Erblassers schroff widersprechen würde und bei Annahme der hier vertretenen Ansicht unmöglich ist.[2]) Die von Stein u. s. w. vertretene Ansicht ist daher abzulehnen, da sie zu unhaltbaren, unpraktischen Ergebnisen führt.[3]) Zum Schlusse sei noch kurz die praktisch bedeutungslose Frage gestreift, ob die testamentarische Schiedsgerichtsklausel eine rein erbrechtliche Verfügung von Todes wegen ist oder nicht. Kipp (§ 9 I. 2 c) bejaht das, jedoch zu Unrecht. Denn, wie oben bereits dargelegt, sind die rein erbrechtlichen Verfügungen durch das Gesetz ausdrücklich zugelassen und sowohl der Zahl wie dem Inhalte nach fest begrenzt. Diese Vorbedingung fehlt aber bei der Schiedsgerichtsklausel, da in § 1048 Z.P.O. keine solche „zulassende" Bestimmung zu erblicken ist.

3. Beliebige andere Verfügungen.

Außer diesen bisher aufgezählten, vom Gesetz ausdrücklich zugelassenen Bestimmungen, kann das Testament aber auch, abgesehen von den vom Gesetz erschöpfend aufgezählten rein erbrechtlichen Bestimmungen (vgl. oben B I b *β*), noch jede beliebige andere Bestimmung enthalten, wenn sie sich nur mit der besonderen Gestaltung und Form des Testamentes und den sich daraus ergebenden Folgen in Einklang bringen läßt[4]).

---

[1]) Strohal Bd. I § 23 Anm. 4.
[2]) Vgl. Strohal a. a. O.
[3]) Zum gleichen Ergebnis kommt auch Hellwig § 266 I und Schloßmann in Jherings Jahrbüchern Bd. 37 Seite 324.
[4]) So: Leonhard § 1937 Anm. III A; Strohal Bd. I § 23 I; Seuffert § 1048 Anm. 2 a; Neukamp Anm. zu § 1048; Reineke Anm. zu § 1048; Peiser S. 1.

a) Anderer Ansicht ist Planck[1]). Zur Begründung führt er aus, die Befugnis des Erblassers, von Todes wegen zu verfügen, lasse sich nicht aus allgemeinen Grundsätzen ableiten, sondern beruhe auf den von der Rechtsordnung darüber getroffenen besonderen Vorschriften. Das B.G.B. erkenne somit jene Befugnis nicht allgemein und unbeschränkt an, sondern nur nach den von ihm bezeichneten Richtung hin. Die §§ 1937—1941 wollten freilich keine erschöpfende Aufzählung geben. Vielmehr seien neben ihnen noch an zahlreichen anderen Stellen des B.G.B. Vorschriften über den zulässigen Inhalt eines letztwilligen Verfügungsaktes getroffen, und zwar nicht nur im B.G.B. Teil I—IV, sondern auch im Erbrechte. Aus der Auslegung aller einschlagenden Vorschriften ergäben sich zugleich aber auch die sachlichen Grenzen, innerhalb deren der Erblasser letztwillig verfügen könne, sodaß z. B. eine Verfügung, durch welche der Erblasser den unmittelbaren Übergang des Eigentums einer Erbschaftssache auf einen anderen als den Erben anordne, unwirksam sei, weil § 2174 dem Erblasser die Anordnung eines Vermächtnisses nur in der Art gestattet, daß der Bedachte einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben oder einen Vermächtnisnehmer als Beschwerten erhalte.

Diese Ausführungen, denen sich im Ergebnis Staudinger[2]), Meischeider[3]), Eichhorn[6]), das Bayrische Oberste Landesgericht[4]) und Schloßmann[5]), meist ohne jede Begründung, anschließen, sind nicht stichhaltig, da sie kein einziges durchgreifendes Argument aufweisen. Denn gerade aus der Tatsache, daß im ganzen B.G.B. ohne den geringsten systematischen Zusammenhang Bestimmungen verstreut sind, die dem Erblasser ausdrücklich bestimmte Befugnisse zubilligen, muß im Gegenteil geschlossen werden, daß damit keine erschöpfende Aufzählung beabsichtigt war, der Gesetzgeber vielmehr nur gewisse Einzelfälle, die seiner Ansicht nach aus irgendwelchen Gründen eine besondere Begrenzung, Einengung oder Ausgestaltung erforderten, herausgegriffen und einer besonderen gesetzlichen Regelung unterzogen hat. Dafür spricht weiter auch die das ganze Erbrecht beherrschende und von Planck und seinen Anhängern in diesem Zusammenhange übersehene oder doch zum Mindesten nicht genügend gewürdigte Tendenz, daß dem Willen des Erblassers der umfassendste Spielraum gelassen, und er, wenn nur irgend angängig, berücksichtigt werden soll.

---

[1]) Vorbem. zu §§ 1937—1941.
[2]) § 1937, Anm. 3.
[3]) Seite 2/3.
[4]) In R.J.A. Bd. 6 S. 118.
[5]) Jherings Jahrb. Bd. 37 S. 324.
[6]) Seite 9 A.

Ein weiterer Beweis für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht ist die bereits oben (B. 2. d.) nachgewiesene Zulässigkeit der sog. testamentarischen Schiedsgerichtsklausel, die weder im B.G.B. noch in § 1048 Z.P.O. ausdrücklich zugelassen worden ist und trotzdem von Planck und seinen Anhängern inkonsequenterweise als möglich anerkannt wird.

Auch die Bestimmung des § 1518 spricht dafür. Denn wenn nur solche Verfügungen getroffen werden könnten, deren Zulässigkeit ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen ist, so wäre der Satz: Anordnungen, die mit den Vorschriften der §§ 1483—1517 in Widerspruch stehen, können von den Ehegatten durch letztwillige Verfügung nicht getroffen werden, überflüssig und daher seine Aufnahme ins Gesetz unverständlich. Aus dieser Vorschrift geht also wiederum deutlich hervor, daß der Gesetzgeber der im übrigen unbegrenzten Inhaltsmöglichkeit letztwilliger Verfügungsakte nur in diesem besonderen Falle aus bestimmten Gründen eine Grenze ziehen wollte. Dasselbe gilt von sämtlichen übrigen, unter II näher aufgeführten und besprochenen ausdrücklichen Verbotsbestimmungen, von denen besonders die §§ 2065, 2220, 2263, 2311 Absatz 2 Satz 2 in diesem Sinne hervorzuheben sind.[1]) Schließlich spricht auch noch die Bestimmung des § 130 Abs. 2 für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht.[2])

Die Gegner sehen auch selbst die Unhaltbarkeit und praktischen Nachteile ihrer Ansicht ein und suchen diese auf gekünstelten Umwegen zu beseitigen. So wird vielfach gesagt, daß auch sonstige beliebige Bestimmungen im Testament getroffen werden könnten, wenn man dieselben in die Form von Bedingungen oder Auflagen kleide. Auf diese Weise wird z. B. versucht, die unbestreitbare Zulässigkeit der testamentarischen Schiedsgerichtsklausel der gegnerischen Ansicht anzupassen. Daß dieser Weg jedoch ungangbar ist, wurde bereits oben unter B. 2 c ausführlich nachgewiesen.

Die irrige Meinung der Gegner ist wohl in der Hauptsache auf die Seite 9 gerügte Vermischung von Verfügung und Verfügungsakt und die darauf beruhende Verwechselung von rein erbrechtlichen Verfügungen von Todes wegen, deren Inhalt allerdings durch das Gesetz begrenzt ist, mit den sonstigen, außerdem noch zulänsiges Bestimmungen zurückzuführen[3]). Das ergeben besonders deutlich die Planck'schen Ausführungen, denen sich Staudinger anschließt. Denn bei dem dort beispielsweise er-

---

[1]) Vgl. auch B I b β.

[2]) Näheres darüber Seite 32.

[3]) Leonhard § 1937 Anm. III A.

wähnten Eigentumsübergang an einer Erbschaftssache handelt es sich um eine rein erbrechtliche Verfügung. Auch bedarf es zur dinglichen Übereignung stets der Übertragung (vgl. S. 32).

b) Es ist daher möglich, jedes denkbare Rechtsgeschäft im Testament vorzunehmen, falls der durch den Verfügungsakt erfüllte Tatbestand den an die rechtsgültige Vornahme des jeweils in Betracht kommenden Geschäftes gestellten Anforderungen entspricht. So kann im Testament z. B. eine Kündigung[1]) enthalten sein. Unter Kündigung versteht man die einseitige, empfangsbedürftige Erklärung, daß ein Schuldverhältnis beendet oder eine Leistung fällig werden soll und zwar sofort oder zu einer späteren Zeit (Enneccerus Bd. I 2 § 248 II.). Dieser Tatbestand wird von dem Testament, abgesehen von der Empfangsbedürftigkeit, ohne Weiteres erfüllt. Auch für das Zugehen der Kündigung an den Vertragsgegner des Erblassers ist bereits im Gesetz selbst Vorsorge getroffen, wie sich aus folgenden Darlegungen ergibt: §§ 2259 ordnet an, daß jedes im Privatbesitz befindliche Testament vom Besitzer unverzüglich an das Nachlaßgericht abzuliefern ist, sobald er Kenntnis von dem Tode des Erblassers erlangt hat. Ist dieser Ablieferungspflicht, die infolge ihres zivilrechtlichen Charakters von jedem, der ein rechtliches Interesse an der Testamentseröffnung nachweist, klagend geltend gemacht werden[2]), aber auch durch publizistische Zwangsmittel[3]) verwirklicht werden kann, genügt, oder befand es sich in amtlicher oder gerichtlicher Verwahrung[4]), so wird das Testament von dem verwahrenden Gerichte eröffnet und, falls dieses nicht zugleich das Nachlaßgericht ist, gemäß §§ 2261 diesem nebst beglaubigter Eröffnungsprotokollabschrift übersandt. Das Nachlaßgericht hat sodann diejenigen „Beteiligten", die bei der Eröffnung aus irgendwelchen Gründen nicht zugegen waren, von dem

---

[1]) So auch Leonhard § 1937 Anm. III A, da er auch empfangsbedürftige Erklärungen für aufnahmefähig erklärt, wenn sie infolge ihrer Aufnahme „auch dem Gegner zugehen."

[2]) Leonhard § 2259 Anm. I B; Endemann Bd. 3 § 51 Anm. 6; R.G. in Warn. Erg. Bd. 1913 Nr. 246.

[3]) Nämlich: Ordnungsstrafen und evtl. Offenbarungseid, wie sich aus § 83 Fr. G. G. ergibt. Nach manchen Landesrechten ist sogar direktor Zwang zur Herausgabe möglich, vgl. Art. 17 des Preuß. Fr. G. Ges. und Leonhard § 2259 Anm. I B und Note 6; evtl. kommt auch § 274 Strafgesetzbuch zur Anwendung.

[4]) Nicht einer sonstigen Behörde oder eines Notars, die ebenfalls zur Ablieferung an das Nachlaßgericht verpflichtet sind; vgl. Leonhard §§ 2259 Anm. II B. Eine Ausnahme hiervon gilt jedoch für Bayern, das in § 251 seiner Gesch. Ordnung für Notare diesen das Eröffnungsrecht zugesteht.

sie betreffenden Inhalt kraft zwingenden Rechtes sofort in Kenntnis zu setzen[1]).

Wer die Beteiligten im Sinne des § 2262 sind, hat das Nachlaßgericht nach pflichtgemäßem Ermessen „unter weitgehendster Berücksichtigung des Willens des Erblassers" zu prüfen[2]), wobei davon auszugehen ist, daß im allgemeinen zum mindesten immer diejenigen als „Beteiligte" anzusprechen sind, deren Interessen durch das Testament berührt werden[3]). Die gleichen Anforderungen stellt auch das O.L.G. Hamburg[4]), nach dessen Ansicht alle die Personen „beteiligt" sind, „welche an den den Nachlaß betreffenden letztwilligen Verfügungen deshalb ein rechtliches Interesse haben, weil ihnen durch diese Verfügungen Rechte gewährt oder entzogen oder Verpflichtungen auferlegt werden." Hiernach gehört auch der Kündigungsgegner zu den „Beteiligten", da ihm, je nach der Art des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, durch die Kündigung „Rechte entzogen oder Verpflichtungen auferlegt", seine Interessen somit in erheblichem Maße berührt werden, wobei es außer Betracht zu bleiben hat, daß die Kündigung erst mit dem Zugehen der gerichtlichen Benachrichtigung wirksam wird. Auch kann unter Umständen die Kündigung für ihn von erheblichem wirtschaftlichen Vorteil sein, indem er auf diese Weise von dem Erblasser kraft des diesem zustehenden, eventl. umfangreicheren Kündigungsrechtes von einem ihm lästigen, drückenden Vertragsverhältnis befreit wird.

Somit ist auch dem Erfordernis des Zugehens der Kündigung an den Vertragsgegner genügt, da, falls er nicht schon bei der Eröffnung des Testaments zugegen war, was allerdings wohl nur ausnahmsweise der Fall sein wird, ihm gerichtlicherseits der die Kündigung enthaltende Teil des Testamentsinhalts übermittelt wird.

Weiterhin ist die Erteilung einer Vollmacht möglich. Vollmacht ist die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, § 166 Abs. II, und wird erteilt durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Auch hier werden also, genau wie bei der Kündigung, durch die einfache Aufnahme der Vollmachtserteilung ins Testament, abgesehen von der Empfangsbedürftigkeit, sämtliche Voraussetzungen erfüllt. Hinsichtlich des Zugehens der Vollmachtserteilung ist es allerdings zweifelhaft, ob der Be-

[1]) Weder der Erbe noch der Erblasser kann daher diese Benachrichtigung hinausschieben oder gar untersagen, vgl. unten S. 63 ff. und Leonhard § 2262 Anm. I, § 2263 Anm. I; Bayrische Oberste L.G. in R.J.A. Bd. 6 Seite 118; O.L.G. Dresden in Seuff. Arch. Bd. 58 S. 325 Nr. 174; O.L.G. Hamburg in Rspr. d. O.L.G. Bd. 12 S. 387.

[2]) O.L.G. Dresden in Seuff. Arch. Bd. 58 S. 325.

[3]) So: Leonhard § 2262 Anm. 4; Kipp § 23 III.

[4]) Rspr. d. O.L.G. Bd. 12 S. 387; Bd. 2 S. 468.

vollmächtigte ein Interesse an der ihn betreffenden letztwilligen Verfügung im oben dargelegten Sinne hat, d. h. ob er Beteiligter im Sinne des § 2262 ist. Die Frage muß aber wohl bejaht werden, da die Vollmachtserteilung als solche dem Bevollmächtigten lediglich Rechte verleiht[1]), ohne ihm gleichzeitig Verpflichtungen aufzuerlegen. Das Zugehen der Vollmachtserteilung an den Bevollmächtigten vollzieht sich somit in der gleichen Weise wie das der Kündigung.

Ebenso kann im Testament der Antrag zum Abschluß eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses enthalten sein. Das Schuldversprechen ist ein Vertrag, der ein selbständiges, d. h. den Verpflichtungsgrund nicht in sich aufnehmendes Leistungsversprechen enthält, § 780, während man unter Schuldanerkenntnis einen Vertrag versteht, durch den man eine Schuld in dem Sinne anerkennt, daß man sie als bestehend gelten lassen will, § 781; in beiden Fällen bedarf die Erteilung des Versprechens bzw. der Anerkennungserklärung der Schriftform.[2]) Diesen sämtlichen Erfordernissen wird durch die Testamentsform genügt. Die Übermittelung des Vertragsantrages geschieht auch in diesem Falle wieder im Wege des § 2262. Denn der Vertragsgegner ist als Beteiligter anzusehen, da er durch die betreffende Verfügung von Todes wegen ein Recht, § 145, nämlich das auf Vertragsannahme erwirbt, also das größte Interesse an dieser Verfügung hat.

Diese Art von Verfügungen, insbesondere das Schuldversprechen, ist dabei wohl zu unterscheiden von der Anordnung eines Vermächtnisses, mit dem sie äußerlich große Ähnlichkeit haben[3]); denn wenn das Schuldversprechen oder das Schuldanerkenntnis angenommen worden ist, so gehört die daraus entstehende Forderung zu den Nachlaßverbindlichkeiten, die hinsichtlich Befriedigung vor den Pflichtteilsansprüchen, Vermächtnisforderungen und Auflagen rangieren, was, zumal bei geringfügigen Nachlässen, für die Realisierung der betr. Nachlaßverbindlichkeiten von größter Bedeutung ist (vgl. auch § 226 Abs. II K.O.).

Aus diesem Beispiel, das sich um beliebige viele andere vermehren ließe, geht hervor, daß der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen jeder beliebigen Person den Abschluß jedes beliebigen Vertrages antragen kann, wenn durch die Testamentsform zugleich auch die für den konkreten Vertragsantrag fest-

---

[1]) Enneccerus Bd. 1 1 § 171 II, 2; § 172. 3.

[2]) Vgl. aber § 782.

[3]) Innerlich sind sie natürlich grundverschieden; so wird z. B. die Vermächtnisforderung regelmäßig bereits mit dem Eintritt des Erbfalles existent, während Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis erst noch der Vertragsannahme bedürfen u. s. w.

gesetzten Forderungen u. s. w. erfüllt werden und durch die allein noch ausstehende Vertragsannahme der Vertrag zustande kommt, da eine evtl. notwendige weitere Mitwirkung des Erblassers zum Vertragsschluß nach Eintritt des Erbfalles unmöglich ist.

An letzterer Voraussetzung scheitert daher z. B. die Bestellung eines dinglichen Rechtes, da dieselbe je nach Art des Rechtes oder Gegenstandes noch Übergabe, falls diese nicht bereits vor dem Erbfall vollzogen war, oder es sich um einen der in den §§ 929 Satz 2, 930 in Verbindung mit 868, 931 erörterten Fällen handelt, Eintragung ins Grundbuch, § 925 Abs. 1, u. s. w. verlangt.

Das ergibt ferner auch § 153 (vgl. auch § 130 Abs. 2), wonach das Zustandekommen eines Vertrages nicht dadurch gehindert wird, daß der Antragende vor der Annahme stirbt, falls nicht ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist, was im Falle eines testamentarischen Vertragsantrages ausgeschlossen ist. Verlangt wird vielmehr nur, daß der Antragende seine Erklärung abgegeben, d. h. alles das getan hat, was seinerseits erforderlich war, um die Wirksamkeit seines Antrages herbeizuführen. Was im einzelnen Falle erforderlich war, hängt dabei von dem Mittel ab, durch welches nach dem Willen des Antragenden die Erklärung zur Existenz gelangen solle, vorausgesetzt natürlich, daß dieses Mittel auch dazu geeignet war.[1]) Diese Voraussetzungen sind aber bei einem testamentarischen Vertragsantrag sämtlich erfüllt, da das vom Erblasser gewählte Mittel der Wirksamkeit: die Aufnahme des Antrags ins Testament und das damit, gemäß den §§ 2260 Abs. I Satz 2, 2262 verbundene notwendige Zugehen an den Antragsgegner den von ihm gewünschten Erfolg hat, wie oben dargelegt worden ist[2]).

Hinwiederum kann der Erblasser aber auch durch Erklärung im Testament einen ihm gemachten Vertragsantrag annehmen. Dabei ist zu unterscheiden, ob nach Lage der Sache die Annahmeerklärung dem Gegner, um wirksam zu sein, zugehen muß, oder ob der Vertrag auch ohne ihr Zugehen zum Abschluß gelangt. Im ersteren Falle ist ihr Zugehen durch die §§ 2260 Abs. I. S. 2, 2262 gesichert, da der Vertragsantragende gemäß § 145 in gewissem Umfange an seinen Antrag gebunden ist und ihm durch die Annahmeerklärung je nach dem Inhalt des abzuschließenden

[1]) R.G.Z. Bd. 65 Seite 272 ff.; Hoelder § 130 Anm. 1; Riezler bei Staudinger § 153 Anm. 2 a und § 130 Anm. 8.

[2]) Ähnlich äußert sich auch Enneccerus in Bd. I 1 § 150 2 und Anm. 1 zu dieser Frage, indem er die Willenserklärung des nachträglich Versterbenden dann für rechtswirksam abgegeben erklärt, wenn mit Sicherheit feststehe, daß der Erklärende sich endgültig für diese Wirksamkeit entschieden habe. Im vorliegenden Falle ist dieser Voraussetzung ebenfalls genügt, da die Aufrechterhaltung der betr. Testamentsbestimmung die Art der endgültigen Entscheidung des Erblassers außer Zweifel setzt.

Vertrages „Rechte gewährt oder entzogen oder Verpflichtungen auferlegt" werden, er demnach als „Beteiligter" im Sinne der angezogenen Gesetzesbestimmungen anzusehen ist. Von Bedeutung und vertragschließender Wirkung wird sie aber nur dann sein, wenn sie auf diese Weise dem Vertragsgegner rechtzeitig (§§ 146 ff.) übermittelt wird. Geht sie jedoch verspätet zu, oder enthält gegenüber dem Antrage Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstige Änderungen, so gilt sie gemäß § 150 als neuer Vertragsantrag seitens des Erblassers, auf den die oben zu einem im Testament enthaltenen Vertragsantrag festgelegten Grundsätze anzuwenden sind.

Anders ist es, wenn gemäß § 151 die Vertragsannahme dem Antragenden nicht besonders erklärt werden muß, sei es, daß derselbe darauf verzichtet hat, oder daß eine derartige Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. In diesem Falle hat die durch testamentarische Verfügung erklärte Vertragsannahme nur dann die Wirkung einer Annahmeerklärung, wenn binnen der in den §§ 146—148 gesetzten Annahmefristen der Erbfall eintritt. Stirbt der Erblasser erst nach Fristablauf, so entscheidet die Auslegung des erblasserischen Willens, der sich in zwei Richtungen bewegen kann: einmal, daß er bereits im Zeitpunkt der Errichtung der betr. Annahmeerklärung oder noch früher bereits endgültig angenommen hatte, und das auf diese Art zum Ausdruck bringen wollte; in diesem Falle hat die Bestimmung lediglich die Bedeutung eines Beweismittels der Erben für die Vertragsannahme des Erblassers, das allerdings vielfach dadurch Bedeutung erlangen wird, daß der Vertragsgegner, um sich von ihm inzwischen lästig gewordenen Verpflichtungen loszumachen, nach dem Tode seines Kontrahenten die von diesem ihm nicht ausdrücklich abgegebene Annahmeerklärung abzuleugnen versuchen wird.

Wollte jedoch der Erblasser bestimmen, daß seine Annahmeerklärung auf jeden Fall erst als im Moment des Erbfalles abgegeben gelten und daher erst in diesem Augenblick wirksam werden solle, so ist diese Bestimmung ohne weiteres infolge ihrer Nichtrechtzeitigkeit unwirksam, die ihr den Charakter der Annahme benimmt und sie gemäß § 150 zum neuen Vertragsantrag stempelt.

Ähnlich verhält es sich auch mit der ebenfalls zulässigen, testamentarischen Zurückweisung eines dem Erblasser gemachten Vertragsantrages. Auch sie hat eine eigentliche Wirkung nur, wenn der Erbfall noch innerhalb der dem Erblasser zustehenden Annahmefrist eintritt. Nachher hat sie nur noch die Bedeutung eines Beweismittels, das allerdings, wenn es sich um einen der in § 151 erwähnten, besonderen Fälle handelt, für die das Nicht-

zustandekommen des Vertrages behaupteten Erben von größter Bedeutung sein kann.

Weiterhin kann der Erblasser in seinem Testament eine Wahlerklärung treffen, z. B. §§ 262 ff. Allerdings ist eine solche Erklärung empfangsbedürftig, § 263 Abs. I. Dem genügen aber ebenfalls die durch die §§ 2260 Abs. I Satz 2, 2262 dem Nachlaßgerichte obliegenden Maßregeln. Durch die Ausübung des Wahlrechtes, das sich als ein Rechtsänderungsrecht[1]) darstellt, wird nämlich der bis dahin nicht völlig bestimmte Inhalt der Vertragsschuld in einen bestimmten umgewandelt. Daraus ergibt sich das Interesse des Gegners an der betr. Testamentsbestimmung und somit auch seine Eigenschaft als Beteiligter. Unwirksam wird aber die Wahlerklärung dann, wenn sie nicht rechtzeitig zugeht, § 264.

Auch die in § 1720 Abs. 2 geregelte Anerkennung der Vaterschaft eines unehelichen Kindes durch den Ehemann der Mutter desselben kann rechtsgültig durch Abgabe dieser Erklärung im Testament erfolgen. Allerdings muß, da das Gesetz eine öffentliche Urkunde verlangt, ein öffentliches Testament vorliegen, §§ 2232 ff. Die Anerkennung im Privattestament dagegen schafft die Vermutung aus § 1720 Abs. 2 nicht und ist daher wirkungslos, kann somit von demjenigen, der sich auf die Ehelichkeit des betr. Kindes beruft, lediglich als der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegendes Beweismittel verwertet werden.

Ein weiteres Beispiel bietet die Annahme einer Erbschaft. Auch sie kann, da formlos möglich, durch entsprechende Erklärung im Testament erfolgen[2]). Auch hier gilt das gleiche, was zu den meisten vorerwähnten Beispielen gesagt wurde: sie ist wirksam nur, wenn der Erblasser binnen der in § 1944 bestimmten sechswöchentlichen oder sechsmonatlichen Frist stirbt, während sie nachher infolge der Bestimmung des § 1943 Satz 2 jede Bedeutung verliert.

Durch testamentarische Erklärung kann schließlich auch eine Erbschaft wirksam ausgeschlagen[2]) werden, jedoch nur unter folgenden drei Voraussetzungen:

1. es muß sich um ein vor einem Richter oder Notar errichtetes Testament handeln;

---

[1]) Enneccerus Bd. 2 § 242 II.

[2]) Ohne Einfluß ist es, wenn die Errichtung des Testaments, in dem eine in Aussicht stehende Erbschaft angenommen oder ausgeschlagen wird, bereits vor dem Eintritt des betr. Erbfalles erfolgt ist, da sein Inhalt nach dem Willen des Erblassers erst mit seinem Tode in Wirksamkeit treten soll. Stirbt er also, nachdem er Erbe geworden ist, so ist der Vorschrift des § 1946 genügt, stirbt er aber vorher, so ist seine Annahme- bzw. Ausschlagungserklärung ohnedies wirkungslos, da ihr die notwendige Grundlage, die Erbenqualität des Testators, mangelt.

2. das Nachlaßgericht des ausschlagenden Erblassers muß mit dem für die auszuschlagende Erbschaft zuständigen Nachlaßgericht identisch sein;
3. das Testament muß binnen der dem Erblasser zustehenden Ausschlagungsfrift vom Nachlaßgericht gemäß § 2260 eröffnet oder im Falle des § 2261 nach Absendung durch das andere Gericht bei dem Nachlaßgericht eingegangen sein.

Sind nämlich diese Voraussetzungen erfüllt, so sind auch sämtliche in § 1942 ff. enthaltene Voraussetzungen einer rechtswirksamen Erbschaftsausschlagung gegeben: fristgemäße, öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht.

C. Die drei Grenzen der Bestimmungsfreiheit des Erblassers.

(vergl. Kapitel II—IV)

Der in B 3 a aufgestellte Grundsatz der Bestimmungsfreiheit des Erblassers wird nur durch folgende drei, Nichtigkeit der betr. Bestimmung oder unter Umständen des ganzen Testaments, § 2085, bewirkende Einschränkungen begrenzt:

1. ausdrückliche Verbotsgesetze (vgl. Teil II),
2. Nichtigkeit infolge Unsittlichkeit (vgl. Teil III),
3. Unmöglichkeit einer vermachten oder aufgelegten Leistung (vgl. Teil III),

die im Folgenden einer näheren Prüfung und Besprechung unterzogen sind.

Kapitel II.

Nichtigkeit der Verfügungen von Todes wegen infolge Verstosses gegen Verbotsgesetze.

A. Die Verbotsgesetze.

Von den unter I C aufgeführten drei Grenzen soll im Folgenden zuerst auf die durch ausdrückliche gesetzliche Verbote gebildete Schranke eingegangen werden

Unter Verbotsgesetzen versteht man Gesetze, welche die Menschen zu einem bestimmten Verhalten, nämlich einem Unterlassen, verpflichten.

1. Die hier in Betracht kommenden Verbotsgesetze[1]) lassen sich einteilen in Beschränkungen der Geltungsdauer einzelner, besonderer Bestimmungen und in inhaltliche Beschränkungen.

a) Zu den ersteren[2]) gehört § 2044:

Nach § 2044 Abs. 1 kann der Erblasser die Auseinandersetzung in Ansehung des gesamten Nachlasses oder einzelner zu demselben gehöriger Gegenstände ausschließen oder von einer Kündigung abhängig machen; diese Anordnung ist jedoch nach Absatz II hinfällig, sobald 30 Jahre nach dem Tode des Erblassers verstrichen sind. Untersagt ist damit also auch die Anordnung des Erblassers, diese Verfügung solle länger als 30 Jahre gelten, es sei denn, daß er den in § 2044 Abs. II

---

[1]) Zu 1 a)—d) vgl. Planck § 134 Anm. 1 b und die dort zitierte Literatur, wonach das gesetzliche Verbot sich auch ohne ausdrückliche Hervorhebung aus dem Zweck und dem Inhalt einer Vorschrift im übrigen ergeben kann.

[2]) Wie aus den nachstehend einzeln aufgeführten Bestimmungen ersichtlich ist, hat der Gesetzgeber als zeitliche Maximalgrenze durchweg 30 Jahre gesetzt. Dem liegt die Tendenz zugrunde, daß es dem Erblasser zwar freistehen soll, die Verhältnisse nach seinem Tode zu regeln, er diese Bestimmungsmöglichkeit aber nur für die Zeit der nächsten Generation (30 Jahre) haben soll, da es bedenklich und auch seinen Erben, Vermächtnisnehmern usw. gegenüber in hohem Grade unbillig wäre, ihm zu gestatten, in die Rechte beliebig vieler nachfolgender Generationen, deren Lebensverhältnisse vorauszusehen und entsprechend zu würdigen er garnicht imstande ist, bestimmend und hindernd einzugreifen; vgl. auch Leonhard § 2109 Anm. I, Kipp § 92 II.

Satz 2 geregelten Weg einschlägt; vgl. auch § 2044 Abs. II Satz 3.[1])

Das Gleiche gilt gemäß §§ 2044 Abs. I Satz 2, 749 Abs. III von einer Bestimmung des Erblassers, wodurch er das Recht, in den in § 749 Abs. II geregelten Fällen die Auseinandersetzung zu verlangen, völlig ausschließt oder beschränkt.[2])

b) § 2109:

Diese Bestimmung entzieht nach Zweck und Inhalt dem Erblasser die Möglichkeit, den Eintritt der Nacherbfolge auf weiter als 30 Jahre nach Eintritt des Erbfalles hinauszuschieben, es sei denn, daß er die Nacherbfolge für einen der in den Ziffern 1 und 2 aufgeführten besonderen Fälle angeordnet hat.

Nicht in das B.G.B. aufgenommen ist dagegen die in den meisten früheren Rechten übliche Beschränkung auf eine einmalige Nacherbfolge, sodaß nunmehr, allerdings auch nur innerhalb der erwähnten gesetzlichen Zeitgrenze von 30 Jahren, mehrere Nacherbfolgen in zeitlicher Aufeinanderfolge möglich sind[3]).

c) §§ 2162/63:

Hiernach wird ein Vermächtnis mit dem Ablauf von dreißig Jahren nach dem Eintritt des Erbfalles unwirksam, einmal, wenn es unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet ist und die Bedingung oder der Anfangstermin nicht vorher eingetreten ist; weiterhin, wenn der Vermächtnisnehmer z. Zt. des Erbfalles noch nicht erzeugt ist oder seine Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt wird und der Bedachte nicht vorher erzeugt oder das betr. Ereignis eingetreten ist.

Eine entgegenstehende Bestimmung des Erblassers ist daher ebenfalls untersagt, es sei denn, daß eine natürliche Person zur Vermächtnisnehmerin eingesetzt ist und einer der in § 2163 bezeichneten Fälle vorliegt[4]).

d) §§ 2209/10:

Nach § 2209 kann der Erblasser sowohl einem Testamentsvollstrecker lediglich die Verwaltung des Nachlasses übertragen als auch anordnen, daß derselbe die Verwaltung nach Erledigung

---

[1]) Ordnet der Erblasser trotzdem — das Gleiche gilt von den im Folgenden unter b—d aufgeführten Fällen — eine mehr als dreißigjährige Frist an, so tritt nach dem Wortlaut des § 2044 Abs. 2: „wird unwirksam, wenn 30 Jahre verstrichen sind" (ein ähnlicher Wortlaut findet sich auch in den unter b—d erwähnten Gesetzesbestimmungen) und gemäß § 140 keine völlige (vgl. II B), sondern nur eine begrenzte Nichtigkeit seiner Bestimmung in dem Sinne ein, daß sie nur für die Dauer von 30 Jahren Wirksamkeit hat.

[2]) Hier tritt völlige Nichtigkeit der betr. Bestimmung ein.

[3]) Über die Frage, ob diese Abänderung der früheren Rechte praktisch, wünschenswert war, vgl. Leonhard § 2109 Anm. I.

[4]) Diese Bestimmungen gelten auch für das in § 2191 geregelte Nachvermächtnis, vgl. Leonhard § 2191 Anm. V und § 2162 Anm. IV.

der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben fortzuführen habe. Durch § 2210 ist es ihm jedoch untersagt, diesen Zustand auf eine länger als 30 Jahre nach dem Erbfall bemessene Frist hinaus auszudehnen, falls nicht einer der in §§ 2210 Satz 2 aufgeführten Fälle vorliegt und auch dann nur, wenn es sich nicht um eine juristische, sondern eine natürliche Person handelt.

2. Die inhaltlichen Beschränkungen zerfallen wieder in familienrechtliche Beschränkungen und solche erbrechtlichen Inhalts.

a) Zu den ersteren gehören:

α) § 1518:

In den §§ 1483 bis 1517 ist vom Gesetzgeber die sog. „fortgesetzte Gütergemeinschaft" geregelt, d. h. die mit dem Tode eines von zwei in allgemeiner Gütergemeinschaft gemäß § 1437 ff. lebenden Ehegatten eintretende Gemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und denjenigen gemeinschaftlichen Abkömmlingen, die im Falle der gesetzlichen Erbfolge als Erben berufen sind.

§ 1518 untersagt dem Erblasser durch letztwillige Verfügung diesen Regeln widersprechende Anordnungen zu treffen.[1])

β) § 1777 (vgl. auch Seite 23):

Hiernach können der Vater und ebenso die Mutter einen Vormund für ihr Kind durch letztwillige Verfügung nur dann benennen, wenn sie zur Zeit ihres Todes in den die Person oder das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Kindes berechtigt sind.

In Ergänzung dieser Einschränkung ist außerdem noch angeordnet, daß der Vater auch einem nasciturus nur dann einen Vormund benennen kann, wenn er, entsprechend der vorerwähnten Bestimmung, dazu berechtigt gewesen wäre, falls der nasciturus bei Eintritt des Erbfalles bereits geboren war.

γ) § 1898:

Diese Bestimmung benimmt für den Fall einer Vormundschaft über Volljährige sowohl dem Vater wie der Mutter des Mündels das im übrigen durch § 1777 Abs. III, § 1776 Abs. I Ziffer 1, 2 gewährte Recht, dem Mündel durch letztwillige Verfügung einen Vormund zu benennen oder jemanden von der Vormundschaft auszuschließen.

---

[1]) Die in den §§ 1483—1517 getroffenen Bestimmungen sind zum größten Teil im Interesse der anteilsberechtigten Abkömmlinge erlassen, zum Teil aber auch im Interesse des überlebenden Ehegatten. Da jedoch in § 1518 kein derartiger Unterschied gemacht wird, so sind nicht nur die Anordnungen des Erblassers verboten, die den das Interesse der Abkömmlinge berücksichtigenden Bestimmungen zuwiderlaufen, sondern auch solche, welche mit den den Schutz des überlebenden Ehegatten bezweckenden Vorschriften der §§ 1483—1517 in Widerspruch stehen; vgl. R.G. in J. W. 1916 S. 43 Nr. 7.

δ) § 1905 Abs. II:

Hierdurch wird hinsichtlich der Vormundschaft über Volljährige eine weitere Einschränkung insofern getroffen, als es dem Vater und ebenso der Mutter des Mündels auch untersagt ist, Anordnungen über die Einsetzung und Aufhebung eines Familienrates oder über die Mitgliedschaft bei demselben zu treffen; während ihnen diese Rechte bei einer Vormundschaft über Minderjährige durch die §§ 1858 ff. zugestanden sind.

b) Zu den inhaltlichen Beschränkungen erbrechtlicher Art gehören:

α) § 2065:

Hierdurch wird dem Erblasser untersagt, einem beliebigen Menschen die Bestimmung darüber zu überlassen, ob eine im Testament enthaltene letztwillige Verfügung gelten solle oder nicht, oder welche Person eine vom Erblasser festgesetzte Zuwendung oder welchen Zuwendungsgegenstand eine bereits im Testament bezeichnete Person erhalten soll, einerlei, ob diese Befugnis auf die reine Willkür oder das billige Ermessen des betreffenden Menschen abgestellt ist.[1]) Dies Prinzip ist jedoch vom Gesetz selbst in einer ganzen Reihe von Bestimmungen durchbrochen und zwar in: §§ 2048, 2151/52, 2153, 2154, 2156, 2192, 2193, 2198[2]), 2199[3]).

Zulässig ist dagegen, daß der Erblasser einem Dritten die Befugnis erteilt, darüber zu entscheiden, ob eine von ihm dem Erblasser, gesetzte Bedingung erfüllt ist oder nicht. Denn diese Entscheidung ist nicht in die Willkür oder das billige Ermessen des Entscheidenden gestellt, sondern kann, ebenso wie die durch sie ersetzte richterliche Entscheidung, nur auf vorliegenden Tatsachen aufgebaut und gegründet sein. Das in § 2065 festgelegte Prinzip wird sonach in keiner Weise verletzt[4])[5]).

---

[1]) Über den Grund dieser Bestimmung vgl. Leonhard § 2065 Anm. I.

[2]) Untersagt ist dagegen die letztwillige Bestimmung, daß eine bestimmte Person Testamentsvollstrecker sein solle, wenn ein Dritter die Ernennung eines Testamentsvollstreckers verlangen werde; vgl. K.G.J. Bd. 42 S. 222/23.

[3]) Unzulässig ist es, dem Testamentsvollstrecker oder einer beliebigen anderen Person die Befugnis zur authentischen Auslegung des Testaments zu erteilen, da eine solche Bestimmung, wenn sie auch äußerlich nur als Befugnis zur Auslegung erscheint, in Wirklichkeit doch dem in § 2065 zum Ausdruck gelangten Prinzip: Ausschließung einer Vertretung des Erblassers im Willen, zuwiderläuft; so auch: R.G.Z. Bd. 66 S. 103 ff.; Leonhard § 2065 Anm. III B und 2203 Anm. IV; Hellwig Bd. 2 Seite 138; a. M. Boehm § 61 II zu A und § 11 Anm. 3.

[4]) Leonhard § 2065 Anm. III C und § 2074 Anm. I E; Meyer § 32 Anm. 8; insbesonders Protokolle Bd. 5 Seite 20; vgl. auch oben Seite 24.

[5]) Über die Streitfrage, ob es zulässig ist, als Bedingung zu setzen, daß ein anderer eine Handlung vornehme; vgl. Leonhard § 2065 Anm. II B und die dort zit. Literatur.

β) § 2192 in Verbindung mit § 2065:

Durch diese Bestimmung wird die oben erörterte Regelung des § 2065 auch auf die Auflagen ausgedehnt.

γ) § 2220 (vgl. auch S. 20 ff.):

Diese Bestimmung verbietet dem Erblasser, den von ihm eingesetzten Testamentsvollstrecker von gewissen, näher aufgeführten Verpflichtungen zu befreien.

δ) § 2263:

Hier wird dem Erblasser untersagt, letztwillig zu verbieten, daß sein Testament alsbald nach seinem Tode eröffnet wird.

Der offenbar weitere Sinn und Zweck dieser Vorschrift, der sich auch schon rein äußerlich aus der Stellung der in § 2262 enthaltenen Gesetzesbestimmung zwischen den durch § 2260/61 und § 2263 getroffenen Anordnungen ergibt, ist der, daß auch die in § 2262 vorgesehene Benachrichtigung der Beteiligten ebenfalls sofort nach Eröffnung des Testaments zu erfolgen hat, und vom Erblasser letztwillig weder ganz verboten, noch auf eine spätere Zeit hinaus verschoben werden kann, da diese Benachrichtigung lediglich die Eröffnung des Testamentes für die hierbei nicht anwesenden Beteiligten zu ersetzen bestimmt ist.[1])

Für diese Auslegung und Ansicht spricht, daß ein testamentarisch Bedachter selbstverständlich immer das größte Interesse daran hat, bei Eintritt des Erbfalles von einer ihn betreffenden Anordnung des Erblassers umgehend Kenntnis zu erhalten, selbst wenn dieselbe erst später in Kraft treten soll. Außerdem wird sie durch das Gesetz selbst gestützt, da in § 2264 jedem, der ein rechtliches Interesse glaubhaft machen kann, welche Voraussetzung bei den Beteiligten im Sinne des § 2262[2]) immer erfüllt ist, gestattet ist, von einem eröffneten Testament Einsicht zu nehmen und sogar eine, auf Verlangen zu beglaubigende, Testamentsabschrift zu verlangen. Diese Berechtigung ist unabänderlich und läßt den Willen des Gesetzes, jedem Berechtigten, und somit auch allen Beteiligten, sofort nach Testamentseröffnung jederzeit Gelegenheit zu geben, sich über den Testamentsinhalt zu orientieren, klar erkennen. Das Gleiche gilt von der Bestimmung des § 2260 in Verbindung mit § 2263. Ein weiteres Argument, argumentum e contrario, bietet auch die Schaffung einer Besonderheit für gemeinschaftliche Testamente in § 2273[3]).

ε) § 2311 Absatz II Satz 2:

Bei der Berechnung des Pflichtteiles wird der Bestand und Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalles zugrundegelegt. Die

---

[1]) Vgl. Leonhard § 2262 Anm. I, ebenso O.L.G. Dresden in Seuff. Arch. Bd. 58, S. 325 ff. Bayrisches Oberstes L.G. in R.J.A. Bd. 6, S. 117 ff. O.L.G. Hamburg in Rspr. d. O.L.G. Bd. 12 S. 387.

[2]) Über diesen Begriff vgl. oben S. 30 ff.

[3]) Vgl. Staudinger § 2263 Anm. III 5.

bezeichnete Gesetzesvorschrift untersagt dem Erblasser eine entsprechende maßgebende Wertbestimmung zu treffen, die zu der Ausmessung des Pflichtteils zu dienen bestimmt ist[1]).

Dieses Verbot ist allein im Interesse des Pflichtteilsberechtigten getroffen. Untersagt ist dem Erblasser nach dem Sinn des Gesetzes also nur eine hinter dem wirklichen Wert des Nachlasses zurückbleibende Wertfestsetzung, während es ihm unbenommen bleibt, durch eine zu hohe Wertfestsetzung die Lage des Pflichtteilsberechtigten zu verbessern, falls nicht dadurch wiederum andere Pflichtteilsberechtigte beeinträchtigt werden.[2]) Man wird auch weiter die Ansicht Plancks a. a. O. billigen müssen, daß der Erblasser dann eine hinter dem wirklichen Werte zurückbleibende und daher dem Pflichtteilsberechtigten ungünstige Wertbestimmung treffen kann, wenn Voraussetzungen gegeben sind, die den Erblasser berechtigen würden, der betr. Person den Pflichtteil ganz zu entziehen, § 2333 ff. Allerdings muß in einem solchen Falle auch dem Erfordernis des § 2336 Abs. II nach ausdrücklicher Angabe des Entziehungsgrundes in der Verfügung genügt werden.

η) § 2337 Satz 1 in Verb. mit § 2336 Abs. I:

Durch diese Gesetzesbestimmungen wird dem Erblasser das Recht auf Pflichtteilsentziehung auf Grund eines ihn an sich dazu gemäß §§ 2333 ff. berechtigenden Umstandes dann entzogen, wenn er in Kenntnis dieses Umstandes dieserhalb dem betreffenden Pflichtteilsberechtigten Verzeihung gewährt[3]). Eine bereits angeordnete Entziehung wird durch die Verzeihung unwirksam.

B. Ihre Wirkung.

Trifft der Erblasser diesen unter A aufgeführten gesetzlichen Verboten entgegen dennoch eine der bezeichneten Bestimmungen, so ist dieselbe gemäß § 134 nichtig, da dieser ganz allgemein von Rechtsgeschäften spricht und daher auch auf Testamente und zwar sowohl auf den Verfügungsakt wie auf einzelne darin enthaltene Verfügungen Anwendung findet[4]). § 134 besagt allerdings, „das ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßendes Rechtsgeschäft nur dann nichtig sei, wenn sich nicht aus dem Gesetz selbst ein Anderes ergebe." Ein „Anderes" ergibt sich aber aus keiner der hier in Frage stehenden Verbotsbestimmungen, da auch in § 2263, der im Gegensatz zu den anderen Bestimmungen selbst die Folgen der Verbotsübertretung festsetzt, ebenfalls die ent-

[1]) Ausnahmen in § 2312 Abs. I Satz 2 und Abs. 2.
[2]) Vgl. Leonhard § 2311 Anm. V, Planck § 2311 Anm. 3.
[3]) Vgl. auch Planck § 134 Anm. 1 b.
[4]) Vgl. R.G.Z. Bd. 65 Seite 272; Staudinger Vorbem. 4 zu § 1937 — § 1941 und Gem.-Bem. 2 zu §§ 2171/72.

gegenstehende Anordnung des Erblassers für „nichtig" erklärt wird.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die Bestimmung des § 2085.

C. Anhang.

Das Pflichtteilsrecht.

Eine Schranke der Testier- und Bestimmungsfreiheit des Erblassers bildet auch das in den §§ 2303—2338 geregelte Pflichtteilsrecht.

Darunter versteht man ein nur aus gewissen Gründen entziehbares bloßes Forderungsrecht der Abkömmlinge, Eltern und des Ehegatten des Erblassers auf Zahlung der von allen Beschwerungen freien Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils.

Streit herrscht in der Literatur über die rechtliche Natur dieses Forderungsrechtes; sie soll daher im Folgenden kurz erörtert werden:[1])

Von den allein hier in Betracht kommenden Formen: Erbeinsetzung, Vermächtnis und Auflage scheidet die letzte ohne weiteres aus, da der durch die Auflage Begünstigte im Gegensatz zu dem Pflichtteilsberechtigten keinerlei Rechtsanspruch auf die ihm zugedachte Leistung erwirbt. Aber auch der Begriff des Erbrechtes ist auf das Pflichtteilsrecht nicht anwendbar, was sich deutlich aus § 1967 ergibt, wonach der Pflichtteilsanspruch zu den von dem „Erben" zu berichtigenden Nachlaßverbindlichkeiten gehört.[2])

Es bleibt also allein noch das Vermächtnis. Nach der Ansicht einer Anzahl Schriftsteller[3]) gehört das Pflichtteilsrecht zu den sog. „gesetzlichen Vermächtnissen", worunter gewisse Fälle des nicht auf Verfügung von Todes wegen beruhenden Einzelerwerbes von Todes wegen zu verstehen sind[4]). Diese Ansicht ist nicht zutreffend[5]). Das ergibt einmal die in den §§ 1967 Abs. II, 1974 Abs. II, 1991 Abs. IV, und 2318 erfolgte Nebeneinanderstellung von Pflichtteilsrecht und Vermächtnis.

Weiterhin geht der Pflichtteilsanspruch dem des Vermächtnisnehmers bei der Befriedigung ranglich vor, wie aus den

---

[1]) Praktische Bedeutung hat diese Frage übrigens nicht, da das Pflichtteilsrecht vom Gesetz erschöpfend geregelt ist, sodaß anderweitige Ergänzungen, die evtl. aus der rechtlichen Natur des Anspruches herzuleiten wären, sich damit erübrigen.

[2]) Vgl. Planck § 2303 Anm. 4.

[3]) So: Leonhard § 2303 Anm. I B und 2317 Anm. IV; Schiffner S. 15 ff.

[4]) Z. B. die in den §§ 1932, 1969 geregelten Fälle; vgl. Planck § 1939 Anm. 6.

[5]) Ebenso: Kipp § 73 I. 2; Strohal § 17 II; Staudinger Vorbem. III zu § 2303 ff.; Planck § 1939 Anm. 6; Reichsgerichtsräte § 1967 Anm. 4.

§§ 1974 Abs. II, 1991 Abs. IV, 1992 B.G.B., § 226 K.O. hervorgeht. Auch kann das Pflichtteilsrecht im Gegensatz zum Vermächtnis[1]) nicht ausgeschlagen werden[2]). Außerdem spricht aber auch noch für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht der gerade für den Pflichtteilsanspruch charakteristische Umstand, daß er kraft zwingenden Rechtes nicht nur ohne, sondern sogar gegen den Willen des Erblassers zur Entstehung gelangt, was z. B. bei den oben erwähnten, in den §§ 1932, 1969 geregelten Fällen ausgeschlossen ist[3]). Diese Umstände ergeben daher in ihrer Gesamheit, daß sich das Pflichtteilsrecht unter keine der drei eingangs erwähnten Institutionen subsumieren läßt, sondern eine Sonderstellung zwischen Vermächtnis und Erbrecht einnimmt.

---

[1]) Vgl. §§ 2176, 2180.

[2]) So richtig: Leonhard § 2317 Anm. II; Cosack § 415 Ziffer 2; a. M. Endemann Bd. 3 § 128 Anm. 8.

[3]) Strohal § 17 II.

Kapitel III.

Nichtigkeit der Verfügungen von Todes wegen infolge Verstosses gegen die guten Sitten.

A. Anwendbarkeit des § 138 BGB. und seine Wirkung.

Die zweite der oben I C angedeuteten Grenzen der Bestimmungsmöglichkeit des Erblassers bildet die Unsittlichkeit der von ihm getroffenen Anordnungen. Voraussetzungen und Wirkungen dieser Unsittlichkeit sind in § 138 geregelt, welcher gegen die „guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäfte" für nichtig erklärt, und der im vollen Umfange auch auf letztwillige Verfügungen und Verfügungsakte Anwendung findet, da er allgemein von „Rechtsgeschäften" redet, wozu auch diese gehören. (Vgl. I A.)[1])

Aus diesem Grunde wurde auch der § 1853 des I. Entwurfes, der ausdrücklich die Nichtigkeit eines Vermächtnisses, das eine gegen die guten Sitten verstoßende Zuwendung enthielt, anordnete, als neben § 103, dem jetzigen § 138, überflüssige Bestimmung gestrichen[2]).

B. Begriff des Verstosses gegen die guten Sitten.

Der maßgebende Begriff der „guten Sitten", unter dessen Zensur nicht nur der Abschluß eines Rechtsgeschäftes, sondern das ganze Gebiet des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung steht, wie die §§ 138, 226, 826 usw. ergeben, ist nicht aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauche in die Rechtssprache übernommen worden, sondern ist im Gebiete des römischen Rechtes entstanden und von dort einfach durch wörtliche Übersetzung der sog. „boni mores" in das deutsche Recht übergegangen, wohl

[1]) Vgl. Leonhard § 2229, Anm. I B 4 b; Planck § 2171 Anm. 3; Dernburg Bd. V § 76 V; Kipp § 20 V; Staudinger, Gem.-Bem. zu §§ 2171/72; Strohal, § 30 II. 2; Krug S. 31; Boehm S. 167; Reichsgerichtsräte § 2171 Anm.; R.G.Z. Bd. 65 Seite 272; Rspr. der O.L.G. (K.G.), Bd. XIII S. 317 ff. Bd. X S. 301 und andere.

[2]) Vgl. auch R.G. im Recht 1910 Nr. 4105.

aus Mangel an einem passenden entsprechenden deutschen Begriffe[1]).

Das B.G.B. hat den Begriff „gute Sitten" selbst nicht näher definiert, sondern nur in § 138 Abs. II einige besonders krasse Fälle eines Verstoßes gegen die „guten Sitten" beispielsweise aufgeführt. Doch ergibt sich wenigstens aus den Materialien, daß man durch die Aufnahme des Begriffs „gute Sitten" an Stelle des Begriffes „Sittlichkeit" der Vorschrift des § 138 einen weiteren, umfassenderen Geltungsbereich zu schaffen beabsichtigt hat, und daß der anfänglich neben den guten Sitten aufgeführte Begriff der „öffentlichen Ordnung" aus dem § 138 nur gestrichen worden ist, weil man von der richtigen Ansicht ausging, daß die gegen die öffentliche Ordnung verstoßende Rechtsgeschäfte in der weitaus größten Zahl auch als der Rechts- und Sittlichkeitsordnung zuwiderlaufend angesehen werden müssen.

Die Wissenschaft, der die Entwickelung des Begriffes überlassen wurde, hat in Übereinstimmung mit der Praxis der Gerichte die Frage, wann gemäß § 138 ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege, dahin beantwortet, daß der Maßstab der guten Sitten nicht aus einem unbedingten, unwandelbaren Sittengesetze entnommen werden könne, da ein solches überhaupt nicht existiere und das Gebiet der Sittenpflichten keineswegs mit dem der Rechtspflichten übereinstimme[2]). Maßgebend soll vielmehr das sein, was den in der gesamten Nation herrschenden Anschauungen, dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig denkenden Menschen entspricht, wobei die Grenze der Anforderungen in dem Durchschnittsmaße von Anforderungen zu suchen ist, die der Geschäftsverkehr an Wahrung von Redlichkeit und Anstand stellt, nicht aber nach oben durch eine vornehme Gesinnungsart und nach unten hin durch eine etwa üblich gewordene niedrige Denk- und Handlungsweise, wie z. B. sich als Unsitte darstellende Geschäftspraktiken, gebildet wird[3]).

Bei der Anwendung dieser Grundsätze und Richtlinien auf den einzelnen konkreten Fall ist nicht nur der äußere Tatbestand, der den objektiven Inhalt des zur Beurteilung stehenden Rechtsgeschäftes ausmacht, in Rücksicht zu ziehen, sondern es müssen insbesondere auch die zugrundeliegenden Motive mit zur Prüfung herangezogen werden. Denn weder der Inhalt noch die Motive allen können einem Rechtsgeschäfte den Stempel der Unsittlichkeit aufdrücken. Diese Frage kann nur unter Beachtung des Gesamtcharakters des Rechtsgeschäftes gelöst werden, wie ihn eine zusammenfassende Beurteilung von Inhalt, Zweck

---

[1]) Vgl. Hagen in Gruchot Bd. 52, S. 497 ff.
[2]) Vgl. R.-G.-Räte § 138 Anm. 1.
[3]) Vgl. R.-G.-Räte § 138 und dort zitierte R.-G.-Entscheidungen; Enneccerus Bd. I, 1, § 1/8 I. u. s. w.

und Motiv allein ergeben wird, und zwar gilt das für alle Rechtsgeschäfte, auch für die hier in Frage stehenden letztwilligen Verfügungsakte.[1])

In einem Punkte ist jedoch hinsichtlich der letztwilligen Verfügungen und Verfügungsakte eine Abweichung festzustellen. Bei ihnen muß nämlich der Begriff der „guten Sitten" etwas weiter gefaßt werden als bei sonstigen Rechtsgeschäften, was sich aus der im Erbrecht allgemein herrschenden Tendenz, den Willen des Erblassers in weitgehendstem Maße zu berücksichtigen, ergibt. Dieser Forderung, die dem ganzen Geiste des Erbrechtes, insbesondere der Bestimmungen über: Testament, Erbvertrag, Pflichtteil, §§ 2064—2338, entspricht, hat der Gesetzgeber unter anderen Bestimmungen auch durch die in § 2078 getroffene Regelung der Anfechtungsmöglichkeit einer letztwilligen Verfügung noch besonders Ausdruck gegeben und damit als berechtigt anerkannt. Denn während der das Prinzip aufstellende § 119 Abs. I neben den übrigen, auch in § 2078 geforderten, Voraussetzungen von dem Anfechtenden noch den Nachweis verlangt, daß die Willenserklärung „bei verständiger Würdigung des Falles" nicht abgegeben worden wäre, ist dies Erfordernis in § 2078 in Wegfall gekommen. Daraus geht hervor, daß auch dem beurteilenden Richter vielleicht töricht erscheinenden Launen und unlauteren Neigungen des Erblasses Rechnung getragen werden muß.

Es kann daher z. B. nicht jede Einsetzung oder sonstige Berücksichtigung im Testament schon deshalb als unsittlich gelten, weil durch sie andere Personen mit begründeten Anrechten über Gebühr benachteiligt werden, und sie daher dem allgemeinen sittlichen Empfinden widerstreben. Das beweist vor allem die Schaffung des Pflichtteilsrechtes, das gleichsam als Sicherheitsventil die gröbsten Vernachlässigungen und Lieblosigkeiten des Erblassers zu mildern bestimmt ist, und durch seine Aufnahme ins Gesetz ein starkes Argument dafür ist, daß der Begriff der „guten Sitten" gerade im Erbrecht weiter als gewöhnlich gefaßt werden muß.

Ebensowenig ist eine Auflage z. B. deshalb ungültig, weil etwa weder der Erblasser noch irgend eine lebende Person an ihrem Vollzug ein Interesse hat, und sie daher unverständlich und lediglich törichter Laune entsprungen zu sein scheint. Denn die Entscheidung der Frage, ob eine Anordnung wirklich offenbar töricht und zwecklos ist, ist in den weitaus meisten Fällen lediglich von subjektiven Anschauungen, sei es in politscher, religiö-

[1]) So auch die h. M.: Leonhard § 2229 Anm. I B 4 b; Kipp § 22, IV, 1 Anm. 5, Planck § 138 Anm. 1, Krug S. 31 ff.; R.G. in J.W. 1911 Seite 29 Nr. 6 und R.G.Z. Bd. 63, S. 350; K. G. in Rspr. der O.L.G. Bd. 13 S. 317 ff.

ser oder sonstiger Hinsicht, abhängig, und eine richterliche Kritik und Wertung der Veranlassung, des Inhaltes und des Zweckes einer letztwilligen Anordnung soll eben möglichst vermieden werden.[1])

Man kommt somit zu dem Resultat, daß „eine Beanstandung nur dann zulässig erscheint, wenn die Einsetzung oder sonstige letztwillige Bedenkung in unmittelbare Beziehung zu einer unsittlichen Handlung gesetzt wird, sich also direkt als Anlockung oder Belohnung für ein unerlaubtes Handeln darstellt, oder aber sonstwie in krasser Weise das sittliche Empfinden verletzt."[2]) Zu ähnlichem Ergebnis gelangt auch Hagen (S. 513 ff.), der ausführt, als Verletzungen der guten Sitten seien die Anstandsverletzungen, d. h. diejenigen Eingriffe in fremde Persönlichkeit und diejenigen Herabwürdigungen der eigenen Persönlichkeit, anzusehen, deren Verhinderung rechtlich notwendig erscheine[3]).

Es bleibt zum Schlusse noch zu erörtern, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage maßgebend ist, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt oder nicht: ob der Moment des Erbfalles oder der Errichtung des Testamentes.

Das römische Recht hat sich hinsichtlich der Legate durch die sog. Regula Catoniana für die Zeit der Testamentserrichtung entschieden. Im modernen bürgerlichen Rechte herrscht Streit.

Einige Schriftsteller [4]a) [4]b) halten im Gegensatz zum römischen Rechte den Zeitpunkt des Erbfalles für maßgebend. Zur Begründung dieser Ansicht führt Strohal an, daß nur sie zu folgerichtigen Ergebnissen führen könne, und daß ihr weiterhin die Fassung des B.G.B. in keiner Weise entgegenstehe. Jede andere Meinung hält er für einen unlogischen, archaistischen Rückfall in die römisch-rechtliche Regula Cantoniana.

---

[1]) Vgl. Protokolle Bd. V S. 245, Peiser S. 207.

[2]) Leonhard § 2229 Anm. I B 4 b.

[3]) Natürlich darf die Bedeutung des erblasserischen Willens andererseits nicht derart überschätzt werden, daß man z. B., entgegen der bereits Seite 45/46 dargelegten Ansicht, für die Beurteilung der Unsittlichkeit einer Anordnung des Erblassers allein die derselben zugrunde liegenden Motive maßgebend sein läßt; vgl. hierüber besonders Krug S. 31 ff.; vgl. auch O.L.G. Hamburg in J.W. 1916 S. 1589/90.

[4] a) Hierzu und zu den folgenden Erörterungen sei bemerkt, daß sich die meisten der angeführten Zitate nur mit unsittlichen „Vermächtnissen" im Speziellen befassen. Sie gelten natürlich auch für die Unsittlichkeitsbeurteilung anderer letztwilliger Anordnungen. Ihre Beschränkung auf die Spezialfrage hinsichtlich der Vermächtnisse ist lediglich darauf zurückzuführen, daß die hier behandelte Frage in ihrer Allgemeinheit, d. h. betr. sämtlicher in Frage kommenden letztwilligen Verfügungen und Verfügungsakte, in der Literatur bisher kaum die nötige Beachtung gefunden hat. Vgl. Leonhard § 2229 I B 4 b am Ende.

[4] b) Strohal § 30 Abs. II Satz 2, insb. Anm. 10; Dernburg Bd. V § 76 V.

Schwankend in ihrer Entscheidung sind Strohal in seiner zweiten Auflage, Staudinger[1]), Eichhorn[3]) und auch Planck[2]), indem sie bald den Zeitpunkt der Testamentserrichtung, bald den Eintritt des Erbfalles bei der Prüfung zugrundegelegt wissen wollen, mitunter sogar beiden Momenten einen entscheidenden Einfluß beilegen, allerdings ohne näher darauf einzugehen, von welchen Voraussetzungen diese unterschiedliche Behandlung der einzelnen Fälle abhängig zu machen ist, und welchem Zeitpunkt, falls beide zu berücksichtigen sind und verschiedene Resultate dem Vermächtnis Beschwerten klagend vorgehen, was diesen Gründen. Mit diesen Auslassungen, die so viele Schwierigkeiten ungelöst und unbeantwortet lassen, ist daher nichts Rechtes anzufangen.

Besonders unklar und widerspruchsvoll ist die im Komm. der Reichsgerichtsräte enthaltene Erörterung, die zuerst davon ausgeht, daß der Zeitpunkt der Anordnung des Vermächtnisses entscheidend sei und dann wörtlich fortfährt: „Im Streitfalle — gleich als ob die Wahl des maßgebenden Zeitpunktes davon abhängen könnte, ob die Beteiligten über die Gültigkeit einer erblasserischen Verfügung einig sind oder nicht — hat aber der Richter lediglich die zur Zeit des Urteilserlasses herrschende Anschauung des vir bonus zugrunde zu legen und darf den hiernach als unsittlich erkannten Vermächtnisanspruch nicht verwirklichen helfen." Danach wird also noch einem dritten Zeitpunkte Bedeutung, und zwar allein entscheidende Bedeutung beigemessen, nämlich dem gänzlich vom Belieben der jeweiligen Prozeßparteien abhängigen Zeitpunkt der Urteilsfällung.

Diese Ansicht ist unhaltbar und findet weder im Gesetz noch sonstwie irgendwelche Stütze. Auch würde sie zu gänzlich unpraktischen Ergebnissen führen. So könnte z. B. ein Vermächtnisnehmer, was bei der dreißigjährigen Verjährungszeit[4]) seines Anspruches sehr wohl denkbar ist, einfach einen ihm günstigen evtl. Umschwung der allgemeinen nationalen Anschauungen über „gute Sitten" abwarten und dann mit Erfolg gegen den mit dem Vermächtnis Beschwerten klagend vorgehen, was diesem gegenüber äußerst unbillig wäre, da er dann 30 Jahre über die Gültigkeit des ihn beschwerenden Vermächtnisses im Unklaren bliebe, und sich während dieser ganzen Zeit in steter Zahlungsbereitschaft halten müßte.

Richtig ist allein die Ansicht, die den Zeitpunkt der Errichtung der betr. erblasserischen Anordnung der Beurteilung der Frage, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, zugrunde-

---

[1]) Gem. Bem. I zu §§ 2271/72.
[2]) Vgl. § 2171 A. 3.
[3]) Seite 233.
[4]) Vgl. Staudinger § 2174 Anm. IV I.

legt[1]); denn, wie oben bereits dargelegt, gilt mangels einer besonderen gestzlichen Vorschrift im Erbrechte auch hier die allgemeine Bestimmung des § 138, welche regelmäßig lediglich den Moment des Abschlusses des Rechtsgeschäftes entscheiden läßt, mag es auch noch so schwierig sein, bei zeitlich weit zurückliegenden Geschäftsabschlüssen die damals herrschenden Volksanschauungen festzustellen. Es wäre auch widersinnig, die zur Prüfung mit heranzuziehenden Motive des Erblassers nach den zur Zeit des Erbfalles herrschenden Anschauungen zu beurteilen, während gerade für sie doch sicher nur maßgebend sein kann, ob sie zu der Zeit, in der sie den Erblasser zur betreffenden Verfügung trieben und veranlaßten, gegen die „guten Sitten" verstoßen haben. Im Gegenteil wäre es wohl gegen die „guten Sitten" verstoßend oder doch zum mindesten sehr pietätlos, einer Anordnung unserer Vorfahren, die zur Zeit ihrer Errichtung vollkommen anständig und billig erschien, später lediglich darum den Makel der Unsittlichkeit anzuheften, weil wir später, sei es mit Recht oder zu Unrecht, gerade in diesem Punkte anders denken gelernt haben.

Die Bemängelungen Strohal's, welcher der hier und früher von ihm selbst vertretenen Ansicht den Vorwurf des unlogischen, archaistischen Rückfalles in die Regula Catoniana macht, sind somit hinfällig. Auch ist nicht einzusehen, weshalb die Übernahme gerade dieses römisch-rechtlichen Satzes bedauerlich sein soll; haben wir doch so unendlich Viel aus dem römischen Rechte übernommen, was sich auch heute noch glänzend bewährt.

C. Beispiele.

Im Folgenden soll an Hand von zum größten Teil der Gerichtspraxis entnommenen Beispielen die Anwendung der oben dargelegten Grundsätze auf den einzelnen konkreten Fall noch näher veranschaulicht werden.

1. Der am häufigsten in der Praxis zur Entscheidung gelangte Fall ist, daß der Erblasser unter Übergehung oder doch Beschränkung seiner nächsten gesetzlichen Erben und Anverwandten eine Frauensperson, mit der er unerlaubten, d. h. unehelichen Geschlechtsverkehr gepflogen hat, oder die mit ihr erzeugten unehelichen Kinder zu Erben oder Vermächtnisnehmern eingesetzt hat.

Diese Art von letztwilligen Zuwendungen ist mit großer Vorsicht zu behandeln. Denn man kann nicht ohne Weiteres jegliche Zuwendung schon deshalb für unsittlich erklären, weil

---

[1]) So Leonhard § 2171 Anm. V; Planck § 2171 Anm. 3; Motive Bd. V Seite 154; Peiser S. 199; R.G. in D.J.Z. 1912 Seite 634/35.

der Erblasser mit der bedachten Frau außerehelichen Geschlechtsverkehr gehabt hat. Vielmehr muß es unter Umständen sogar als Anstandspflicht betrachtet werden, daß der Erblasser die Frau für ihr späteres Leben sicherstellt, nachdem er ihr nun einmal in den Augen der Umwelt den Makel des „Verhältnisses", der „Maitresse" zugefügt und dadurch ihr späteres Fortkommen erheblich geschädigt, wenn nicht gänzlich unterbunden hat.

Dieser Gedanke schwebte auch schon dem römischen und gemeinen Rechte vor, als es die Einsetzung einer sog. persona turpis nicht für schlechthin nichtig erklärte, sondern lediglich einen Pflichtteilsanspruch auch der Geschwister zur Entstehung gelangen ließ.

Dieselben Erwägungen veranlaßten auch, daß der altfranzösiche Satz: „don de concubin à concubine ne vaut" nicht in den Code civil übernommen wurde. Man wollte damit „die häßlichen Nachreden verhindern, die sich an einen Verstorbenen und sein Testament knüpfen können"[1]).

a) Dem Kammergericht[2]) lag folgender Fall zur Entscheidung vor:

„Zwischen der Klägerin, einer verheirateten Frau, und dem Erblasser hat ein wider Zucht und Sitte streitendes Liebesverhältnis bestanden . . . . . Daß es für den Erblasser das Motiv gewesen ist, aus dem er der Klägerin das streitige Vermächtnis ausgesetzt hat, ergibt die Sachlage . . . . Weiter ist von Bedeutung der Umstand, daß der Erblasser seinerzeit der Klägerin das Testament übergeben hat."

Aus letzterem Umstande schließt das Kammergericht, daß die Klägerin das ehebrecherische Verhältnis mit dem Erblasser lediglich deshalb unterhalten hat, um sich von demselben pekuniäre Vorteile zusichern zu lassen, oder daß der Erblasser die Anordnung getroffen hat, um die Klägerin dadurch zur Fortsetzung des Verhältnisses zu bestimmen, und hält ein solches Vermächtnis für gegen die „guten Sitten" verstoßend. Dieser Entscheidung muß zugestimmt werden. Denn, wie im Urteil weiter festgestellt wird, war die Klägerin durch ihr ehebrecherisches Verhältnis keineswegs in eine Notlage versetzt worden. Vielmehr war ihr Ehemann dem Prozesse beigetreten, sodaß eine Ehescheidung nicht zu erwarten, auch durch Kenntnis oder „Verzeihung" des Ehemannes, wie sie in dessen Beitritt zum Prozeß erblickt werden muß, ausgeschlossen war.

Das Kammergericht teilt demnach, wie aus diesen Ausführungen geschlossen werden muß, den hier vertretenen Standpunkt, daß unter Umständen eine letztwillige Bedenkung der

---

[1]) Kohler im Arch. für Bürg. Recht Bd. 5 S. 198.
[2]) Rspr. Bd. 10 Seite 301.

„Maitresse" als geradezu von den „guten Sitten" gefordert anzusehen ist[1]).

Zu Unrecht macht Krug[2]) dieser Entscheidung den Vorwurf, daß in ihr den den Erblasser bei der Anordnung bewegenden Motiven ein zu weitgehender, ja allein ausschlaggebender Einfluß zugeschrieben werde. Denn das Kammergericht legt dem Umstande, daß die Klägerin zur Zeit ihres Verhältnisses verheiratet war, also Ehebruch beging, d. h. dem objektiven Inhalt des Rechtsgeschäftes (vgl. oben Seite 45/46) eine weit größere Bedeutung bei als dem Beweggrunde des Erblassers und den gewinnsüchtigen Absichten der Klägerin, obwohl es auch diesen den mitentscheidenden Einfluß nicht versagt.

b) Ähnlich lag der vom Oberlandesgericht Zweibrücken[3]) entschiedene Fall. Der zugrundeliegende Tatbestand war folgender:

Am 22. September 1896 war von dem am 4. November 1900 verstorbenen Gutsbesitzer B. ein eigenhändiges Testament errichtet und alsbald der ledigen Weinhändlerin P. übersandt worden. Diese hatte in den Jahren 1895/96 in den Diensten des B. gestanden und während dieser Zeit intime Beziehungen zu ihm unterhalten, die dann auch nach ihrem Dienstaustritt noch bis zum Tode des B. fortgesetzt wurden. Im Testament hat B. der P., unter Benachteiligung seiner Ehefrau und seiner minderjährigen ehelichen Kinder, 5000 Mark vermacht. Das Oberlandesgericht hat zutreffend diese Zuwendung als gröblich gegen die „guten Sitten" verstoßend bezeichnet, da sie erfolgt ist, einmal, um die ehebrecherischen Dienstleistungen einer Maitresse zu erkaufen, weiterhin aber auf Kosten und unter Zurückstellung der Ehefrau und der ehelichen, noch dazu minderjährigen Kinder.

c) Auf dem gleichen Standpunkt wie die beiden vorgenannten Oberlandesgerichte steht auch das Reichsgericht[4]). Nach dem ihm unterbreiteten Tatbestand hatte der verstorbene Ehemann der Beklagten jahrelang mit der Klägerin in ehebrecherischem Verkehr gestanden und derselben 5000 Mark vermacht, einmal, um sie für die bisherige Duldung des Geschlechtsverkehrs zu belohnen, und weiterhin, um sie zur Fortsetzung dieses Verhältnisses zu bestimmen. Auch dieses Vermächtnis ist vom Reichsgericht mit Recht wegen Verstoßes gegen § 138 für nichtig erklärt worden, weil es einer Ehebrecherin zugewandt und bestimmt war, nicht um sie in Zukunft sicher zu stellen, sondern

---

[1]) Ebenso in einer weiteren Entscheidung in Rspr. Fd. 13 Seite 317 ff., die unten Seite 111 ff., näher besprochen ist; vgl. auch O.L.G. Hamburg in J.W. 1916, S. 1589/90.

[2]) Seite 32/33.

[3]) Seuff. Arch. Bd. 57 Seite 438 Nr. 235.

[4]) J.W. 1910 Seite 6 Nr. 6.

um sie zu „belohnen“ und gleichzeitig zur Fortsetzung ihrer unsittlichen Handlungsweise zu veranlassen.

d) Dieselben Grundsätze hat das Reichsgericht auch in einem weiteren Fall angewandt[1]).

Auch hier hatte die Klägerin mit einem bedeutend älteren, reichen und, wie sie genau wußte, verheirateten Mann bis zu dessen Tode ein ehebrecherisches Verhältnis unterhalten und von demselben fortgesetzt erhebliche Geldbeträge erhalten, ihn zeitweise sogar pekuniär bis zur Grenze seines Könnens in Anspruch genommen. Weiter wurde festgestellt, daß sie den Erblasser noch ganz kurz vor seinem Tode „besonders energisch“ zu einer größeren Zuwendung unter Lebenden zu drängen versucht hat, „damit sie auf ihre alten Tage nicht zu darben brauche“, worauf dann der Erblasser ihr ein Vermächtnis von 40 000 Mark aussetzte.

Auch dieses Vermächtnis erklärte das Reichsgericht für unsittlich und daher nichtig mit der ausdrücklichen Feststellung, daß „die Klägerin durch den ehebrecherischen Verkehr in keiner Weise in ihrer Ehre, Gesundheit oder in ihren wirtschaftlichen Verhältnissen gestört worden ist, deren Ausgleich vielleicht als sittliche Pflicht des Erblassers hätte gelten können.“ Besonders zu billigen ist folgender Teil der Begründung: „Zieht man ferner in Betracht, daß der Vermächtnisanordnung zugunsten der Maitresse unstreitig Tags vorher die Beschränkung der Ehefrau auf den Pflichtteil vorausgegangen ist, so muß auch der Inhalt des Rechtsgeschäftes als in hohem Grade die Familienehre beschimpfend und deshalb unsittlich bezeichnet werden.“

2) In zwei weiteren Entscheidungen[2]) wird in richtiger Würdigung des Begriffes der guten Sitten vom Reichsgericht und Oberlandesgericht Dresden ein Vermächtnis dann für zu Recht bestehend anerkannt, wenn es der früheren Geliebten zwecks Verwendung für die mit ihr, sei es auch im Ehebruch mit ihr, erzeugten Kinder, die zugleich Ersatzbedachte sind, oder den unehelichen Kindern direkt zugewandt wird. Denn es ist eine wohl allgemein anerkannte Anstandspflicht[3]), wenn aus einem unerlaubten Verkehr uneheliche Kinder hervorgegangen sind, deren Lage, die nach dem heute geltenden Recht infolge der geringen Ansprüche an den Kindesvater eine überaus mißliche und betrübliche ist, und durch die bei weiten Kreisen zu Unrecht herrschende Mißachtung noch weiter verschlechtert wird, nach Möglichkeit zu verbessern. Natürlich dürfen dabei nicht die Witwe und die evtl. vorhandenen ehelichen Kinder „in Not versetzt oder in empörender Weise benachteiligt werden.“

---

[1]) J.W. 1911 S. 29 Nr. 6; vgl. auch R.G. in Warneyer, Jahrg. 10 S. 30.
[2]) Recht 1910 Nr. 4106; Rspr. Bd. 13 Seite 319/20.
[3]) Vgl. auch § 1712, insbesondere Abs. II.

3) Auf einem anderen Gebiete bewegt sich die Entscheidung des Reichsgerichts in Band 35, Seite 147[1]). Hier hatte der Erblasser seiner Tochter A. 200 000 Mark unter Beschränkung auf die auf 8000 Mark festgesetzten Zinsen von diesem Kapital vermacht, während von ihren drei übrigen Schwestern zwei — die Klägerinnen E zu Universalerbinnen eingesetzt waren, und alsdann weiter bestimmt:

„Ebenso verfüge ich, daß, falls mein Bruder B. F. später mit Tode abgehen sollte wie ich, der Teil der Erbschaft, der dann meiner Tochter A. zufällig würde, als hinfällig anzusehen wäre, da auch dieser Teil der Erbschaft meinen Haupterben zu überweisen ist, wogegen von seiten meiner Tochter A. oder deren Erben keine Einrede geschehen darf."

Da die angezogene Entscheidung unter der Geltung des römisch-gemeinen Rechtes ergangen ist, interessieren hier nur die Ausführungen des Reichsgerichtes darüber, ob die Bestimmung des Erblassers, seine Tochter A. solle die ihr von dem Bruder des Erblassers evtl. zufallende Erbschaft auch ohne dessen Einwilligung ihren beiden Schwestern herausgeben, sich als Verstoß gegen die „guten Sitten" darstellt.

Das Reichsgericht verneint das[2]), indem es ausführt, es sei weder anstößig, daß der Erblasser seiner Tochter nur soviel zugewandt habe, daß sie aus seinem und seines Bruders B. Nachlasse zusammen 200 000 Mark und von diesem Kapital zu ihren Lebzeiten die jährliche Rente von 8000 Mark erhielt, noch, daß er diesen Zweck in der oben angegebenen Weise zu erreichen versucht habe. Auch sei weiter nicht zu beanstanden, daß er diese testamentarische Anordnung seinem Bruder verschwiegen habe, da weder eine rechtliche noch sittliche Pflicht bestanden habe, demselben davon Mitteilung zu machen.

Der zugrundeliegende Tatbestand ist, wie sich aus Vorigem ergibt, leider nicht ausführlich genug mitgeteilt, um die Richtigkeit der getroffenen Entscheidung überprüfen zu können. So ist, abgesehen davon, daß keine Angaben über den Umfang der Erbportionen der beiden anderen Töchter — die vierte Tochter wird garnicht weiter erwähnt — gebracht sind, nicht recht ersichtlich, ob der verheirateten Tochter nur der lebenslängliche Nutzgenuß an den 200 000 Mark, den der Erblasser auf 8000 Mark festsetzt, vermacht ist, sodaß sie lediglich gegen ihre Schwestern als eventuelle Vermächtnisbeschwerte einen lebenslänglichen obligatorischen Anspruch auf Zahlung von jährlich 8000 Mark hat, wäh-

---

[1]) Vgl. auch die Entscheidung des Reichsgerichtes in Bd. 35 S. 147, die einen ähnlichen Fall unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes entscheidet, ohne allerdings auf die Frage einer evtl. Unsittlichkeit einzugehen.

[2]) Ebenso Staudinger, Gem. Bem. I 3 zu §§ 2171/72.

rend nach ihrem Tode ihre Abkömmlinge u. s. w. leer ausgehen, was der bezgl. der beiden anderen Schwestern gewählte Ausdruck „Universalerbinnen" anzudeuten scheint.

Ist das der Fall, dann verstößt es sicherlich gegen die „guten Sitten", daß der Erblasser sich nicht damit begnügte, den Nachkommen seiner Tochter A. grundlos zugunsten seiner anderen Töchter eine umfangreiche berechtigte Erbmöglichkeit zu nehmen, sondern auch seiner Tochter noch die Möglichkeit verschließen wollte, durch andere in Aussicht stehende Erbschaften diesen Ausfall einigermaßen wieder auszugleichen.

Ist das aber nicht der Fall, so wird man dem Urteil des Reichsgerichtes wohl im Wesentlichen beipflichten können. Einer besonderen eingehenden Prüfung und Berücksichtigung bedürfen jedoch dann auch noch die Motive, die dem Erblasser zu seiner Anordnung Anlaß gegeben haben.

3) Nicht zu billigen ist die Entscheidung des Reichsgerichts in J.W. 1913, Seite 1100 Nr. 8.

Hier hatte die Erblasserin bestimmt: „Sollten meine Enkeltöchter vor erreichtem 24. Lebensjahre die eine oder die andere ihren Glauben wechseln, so sollen sie nur den Pflichtteil erben und die dadurch frei werdende Nachlaßportion an meine in Deutschland wohnenden Neffen und Nichten fallen."

Die aus dieser Bestimmung hervorgehende Absicht der Erblasserin, die endgültige Entschließung ihrer Enkeltöchter über ihre Religionszugehörigkeit bis zum erfüllten 24. Lebensjahre herauszuschieben, stellt sich nach der Ansicht des Reichsgerichts als unzulässiger und infolge seiner Verkettung mit Vermögensvorteilen unsittlicher Eingriff in die freie Entschließung der Bedachten da, da das Gesetz — hier das Preuß. A.L.R. — es jedem Menschen vom vollendeten 14. Lebensjahre ab frei stelle, sich das Religionsbekenntnis auszusuchen, das ihm am meisten zusage.

Dem kann nicht beigestimmt werden. Mit der gesetzlich[1]) festgelegten Grenze von 14 Jahren werden in der Praxis — man befrage sich nur einmal bei den zuständigen Amtsrichtern und Pfarrern — fortwährend die bedauerlichsten Erfahrungen gemacht. So habe ich selbst den Fall miterlebt, daß ein 14½jähriger Bauernjunge zum Amtsgericht kam, um seinen Austritt aus der Kirche anzumelden, und, nach seinen Beweggründen gefragt, angab, daß er damit dem Pfarrer, der ihn anläßlich eines an sich ganz unbedeutenden Verstoßes gemaßregelt hatte, „einen Tort antun", d. h. ihn ärgern wollte. Also von dem vom Reichsgericht angedeuteten „tiefen, religiösen Empfinden" keine Spur. Das eindringliche Ermahnen des erfahrenen Amtsrichters und der Stock des Vaters, der erst nachher von dem Unternehmen seines

[1]) Preuß. A.L.R. II 2, 84.

Sohne Kenntnis erhielt, brachten die Angelegenheit dann wieder ins rechte Geleise.

Dieser Fall muß, da er leider nicht allein dasteht, zu denken geben. Ein Kind von 14 Jahren kann noch nicht, wie das Reichsgericht es vermeint, eine „gefestigte religiöse Überzeugung" haben, die es zum Verlassen der Konfession, in der es bisher erzogen worden ist, und zum Übertritt in eine andere Konfession, deren Lehren seinen Anschauungen besser entsprechen, veranlassen könnte. Denn einmal ist in diesem Alter die zu einem solchen schwerwiegenden Entschluß unbedingt erforderliche geistige Reife noch lange nicht erreicht, sodaß sich lediglich fremde Einflüsse geltend machen können, und weiterhin ist dem Kinde bis dahin wohl nur in den allerseltensten Fällen Gelegenheit gegeben worden, die Lehren anderer Konfessionen als der, in welcher es bis dahin aufgewachsen ist, kennen und höher schätzen zu lernen.

Die gesetzliche Altersgrenze von 14 Jahren erfüllt sonach in keiner Weise den mit ihrer Wahl verbundenen Zweck, und kann es daher auch durchaus nicht als Verstoß gegen die „guten Sitten" betrachtet, sondern muß vielmehr begrüßt werden, wenn die Erblasserin diesem Gesetzesmangel, sei es auch durch die Inaussichtstellung von Vermögensvorteilen als Äquivalent, abzuhelfen versucht hat. Denn, wie zu wiederholten Malen betont werden muß, hat die Erblasserin ihre Enkelinnen nicht zur Beibehaltung oder Änderung ihres Glaubens zwingen wollen — was allerdings wohl unsittlich wäre —, sondern hat die Möglichkeit eines Religionswechsels auf ein Alter verschieben wollen, in dem die Bedachten auch in der Lage waren, selbständig einen solchen Schritt in seiner ganzen Tragweite richtig zu erfassen und reiflich und vernünftig zu überlegen.

4) Ebenso ist es nicht unsittlich[1]), wenn ein unverheirateter, ohne Hinterlassung pflichtteilsberechtigter Erben verstorbener Erblasser von seinem rund 100 000 Mark betragenden Vermögen 95 000 Mark der katholischen Kirche hinterläßt und seinen zahlreichen, unverschuldet in den allerärmsten Verhältnissen lebenden Geschwistern, die zum Teil 5—6 minderjährige, unversorgte Kinder hatten, nur die verschwindend geringe Summe von 5000 Mark hinterläßt. Allerdings widerstrebt ein derartiges Testament dem Gerechtigkeitsgefühl jedes objektiv denkenden Menschen. Denn mag ein letztwilliges Bedenken der katholischen Kirche noch so lobenswert sein, eine derart unverhältnismäßige, gänzlich unbegründete — die Geschwister hatten keinerlei Anlaß zu solch liebloser Behandlung gegeben — Bevorzugung der toten Hand gegenüber den allernächsten lebenden, noch dazu in

[1]) Fall aus der Praxis des Verfassers.

Not befindlichen Blutsverwandten kann von rein ethischem Standpunkt aus unmöglich gebilligt werden. Das hat die Kirchenverwaltung in diesem Falle auch eingesehen und in anerkennenswerter Weise den Vermächtnisnehmern aus freien Stücken einen erheblichen Teil ihres Erbteils überlassen.

Vom rechtlichen Standpunkt aus wäre jedoch die Erbeinsetzung unumstößlich gewesen, da sie nach den unter III B dargelegten Grundsätzen nicht gegen die „guten Sitten" verstieß.

5) Auch darf es unter Umständen nicht beanstandet werden, wenn ein Erblasser unter Übergehung seiner Kinder fremde Personen zu Erben einsetzt, da gerade für diese Fälle vom Gesetz das einen Ausgleich schaffende Pflichtteilsrecht geschaffen worden ist[1]). Besonders wird das dann zutreffen, wenn der Erblasser von seinen Kindern lieblos behandelt worden ist, und ihm daher zuletzt vielleicht die betr. anderen Personen näher gestanden und mehr bedeutet haben als seine eigenen Abkömmlinge.

D. Anhang.

Gegen die guten Sitten verstoßende und unmögliche Bedingungen.

Im Anschluß an die vorhergehenden Ausführungen sollen im Folgenden die einer letztwilligen Verfügung, insbesondere die einer erbrechtlichen Verfügung von Todes wegen beigefügten unsittlichen und im Zusammenhange damit auch die subjektiv und objektiv unmöglichen Bedingungen dieser Art noch einer besonderen Erörterung unterzogen werden, da die letzteren mit den unsittlichen Bedingungen hinsichtlich ihrer Einwirkung auf die Gültigkeit auch der mit ihnen meist untrennbar verbundenen Verfügung eine weitgehende Übereinstimmung oder doch Ähnlichkeit aufweisen[2]).

1. Begriff.

Was die zu diesem Zwecke in erster Linie zu bestimmenden Begriffe der Unsittlichkeit und der Unmöglichkeit angeht, so bedarf hier nur der erstere einer eingehenderen Prüfung und Festlegung, während hinsichtlich des Begriffes der Unmöglichkeit auf den im Schuldrechte, besonders zu den §§ 323 ff. von der Wissenschaft entwickelten Begriff verwiesen werden kann, der mit dem hier in Frage kommenden völlig identisch ist[3]).

Der hier zur Anwendung kommende Begriff der Unsittlichkeit oder des Verstoßes gegen die „guten Sitten" entspricht im

[1]) Vgl. auch Leonhard § 2229 Anm. I B 4 b.

[2]) Über die Wirkung unerlaubter Bedingungen vgl. unten Seite 59 Anmerkung 2.

[3]) Vgl. auch Teil IV.

Wesentlichen den oben unter II B gemachten Ausführungen und Ergebnissen. Das Wesen der Bedingung als solcher veranlaßt jedoch eine Reihe von Besonderheiten, die eine Ergänzung notwendig machen.

Bei der Beurteilung der unsittlichen Bedingung[1]) ist nämlich in erster Linie zu prüfen[2]), ob der Erblasser überhaupt ernstlich die Absicht hatte, dem Bedachten unter der betr. Bedingung etwas zuzuwenden und nicht vielmehr nur bezweckte, denselben zu verspotten, was gemäß §§ 118, 138 die Nichtigkeit der ganzen, bedingten Verfügung zur Folge haben würde[3])[4]). Denkbar ist auch, daß der Erblasser in der Tat etwas zuwenden wollte, ohne jedoch diese Zuwendung ernstlich von der beigefügten Bedingung, die sich lediglich als Scherz darstellt, condicio derisoria, abhängig zu machen, sodaß die betr. Anordnung ihre Gültigkeit und Wirksamkeit behält, während die beigefügte Bedingung gemäß § 118 in Wegfall kommt[5]). Beide Fälle werden aber nur höchst selten vorkommen, da in der Regel kaum anzunehmen ist, daß der Erblasser eine so ernste und wichtige Angelegenheit, wie die Errichtung seines Testamentes, dazu benutzt hat, um sich unpassende Scherze zu erlauben.

Hat man jedoch im Auslegungswege festgestellt, daß der Erblasser sowohl die Zuwendung wie die beigefügte evtl. unsittliche Bedingung ernstlich gewollt hat, so ist weiter zu beachten, daß es zwecks weiterer Feststellung, ob ein Verstoß gegen die „guten Sitten" vorliegt oder nicht, z. B. nicht allein auf das durch die Bedingung auferlegte Verhalten ankommt, sondern auch darauf, ob es nach den Umständen gerade des betr. konkreten Falles als Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen ist, gerade den in Frage stehenden Bedachten durch Inaussichtstellung einer dadurch bedingten Zuwendung zu einem bestimmten Tun bzw. Unterlassen zu bewegen. Insbesondere wird man in derartigen Fällen dann einen Verstoß gegen die „guten Sitten" annehmen müssen, wenn die Bedingung Eingriffe in Angelegenheiten enthält, in welchen die freie Selbstbestimmung eines Menschen nach dem allgemein herrschenden Volksbewußtsein nicht durch äußerliche Beweggründe, wie z. B. letztwillige Zuwen-

---

[1]) Das Gleiche gilt von der unmöglichen Bedingung.

[2]) Vgl. Meischeider, Seite 117.

[3]) Vgl. hinsichtlich des römischen Rechtes Dig. XXVIII. 5. L. 9. § 8, woselbst die letztwillige Verfügung für ungültig erklärt wird, falls der Bedachte nur durch ein Schimpfwort bezeichnet ist.

[4]) Vgl. hinsichtlich der unmöglichen Bedingung das instruktive Beispiel der römischen Juristen: Titus si digito caelum tetigerit; siehe auch Förster-Eccius Bd. IV S. 375 § 250 I 2.

[5]) So auch Motive Bd. 5 S. 22; Leonhard § 2074 Anm. I D; Staudinger, Gemeins. Bem. I 4 zu §§ 2074, 2075; a. A. Meyer § 35 f. β; Endemann § 47 Anm. 10.

dungen, gehemmt werden darf, selbst wenn der Erblasser nur das seiner Ansicht nach Beste des Bedachten im Auge gehabt hat, wenngleich auch dieses Motiv zur Anordnung unter Umständen[1]) der Bedingung das Anstößige und gegen die „guten Sitten" Verstoßende benehmen wird[2])[3]).

Selbstverständlich darf andererseits eine Bedingung dann nicht beanstandet werden, wenn sie dem Bedachten das Unterlassen einer gegen die „guten Sitten" verstoßenden oder die Vornahme einer den guten Sitten entsprechenden Handlungsweise zur Pflicht macht oder einem derartigen Verhalten oder Unterlassen eine auflösende Wirkung beilegt. Denn derartige Bedingungen verstoßen nicht nur nicht gegen die „guten Sitten", sondern können im Gegenteil unter Umständen einen sehr wohltuenden, durchaus zu billigenden Einfluß auf den Bedachten ausüben[4]). Das Gleiche gilt von einer Bedingung, durch die einem Erben oder Vermächtnisnehmer ein Vermächtnis auferlegt wird, falls er eine unsittliche Handlung vornimmt oder eine sittlich gebotene unterläßt — sog. legata poenae nomine relicta[5]).

Der sich daraus ergebende Grundsatz kann demnach allgemein dahin festgelegt werden, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten nur dann vorliegt, wenn bei Berücksichtigung sämtlicher Umstände entweder die Bedingung als solche allein schon oder die damit verbundene Anordnung selbst infolge ihrer engen, unlösbaren Verkettung mit der betreffenden Bedingung im konkreten Falle den „guten Sitten" zuwiderläuft[6]), wobei es völlig gleichgültig ist, ob es sich um eine aufschiebende oder auflösende Bedingung handelt.

Zu erheblichen Zweifeln und Bedenken gibt der von Strohal[7]) behandelte Fall Anlaß, daß „zwei nebeneinanderstehende Verfügungen, von denen eine unbedingt, der anderen dagegen eine unsittliche, aufschiebende Bedingung beigefügt ist, derart miteinander verknüpft sind, daß nach Absicht des Erblassers der Eintritt der, der zweiten Verfügung beigefügten Bedingung die erste Verfügung in Wegfall bringen soll."

---

[1]) Vgl. unten Beispiel d).

[2]) Leonhard § 2074 Anm. I C; Kretzschmar Seite 144, Meyer § 35. 2. f β; Planck § 138 Anm. 1; Kammergericht in Rspr. Bd. 13 Seite 317 ff.; Staudinger § 2075 Anm. I 4.

[3]) Beispiele vgl. unten D 3.

[4]) Vgl. auch Böhm § 52 II, Meyer § 35 2. f. β und Note 74.

[5]) Gegen die guten Sitten verstößt es jedoch, wenn ein Vermächtnis umgekehrt dem Bedachten für den Fall auferlegt wird, daß er eine unsittliche Handlung unterläßt oder eine sittlich gebotene vornimmt. Ander das Römische Recht, das beide Arten von legata poenae nomine relicta für ungültig erklärt; vgl. Dig. XXVIII. 7. L. 14. 15; Dig. XXXXV. 1. L. 121. § 1.; Inst. II. L. 20 § 36.

[6]) Vgl. Rspr. der O.L.G. Bd. 13 S. 317 ff.; Strohal § 25 I, 7.

[7]) Bd. I § 25 I, 7.

Man wird seine Entscheidung der Frage billigen müssen, daß nämlich die zweite bedingte Verfügung ohne Weiteres nach § 138 nichtig ist, während es hinsichtlich der ersten Verfügung darauf ankommt, ob sie sich infolge ihrer engen Verbindung mit der zweiten Verfügung ebenfalls als gegen die „guten Sitten" verstoßend darstellt, oder ob sie sich ihrer ganzen Natur nach von der zweiten Verfügung trennen und dadurch aufrecht erhalten läßt. Das ist z. B. möglich, wenn der Erblasser den A. zum Erben einsetzen würde mit dem Zusatze, daß die Erbschaft dem B. zufallen solle, sobald dieser einen vom Erblasser näher bezeichneten Racheakt verübt. In diesem Falle entscheidet Strohal mit Recht, daß lediglich die den B. betreffende Verfügung der Nichtigkeit anheimfallen muß, während die Einsetzung des A. zu Recht bestehen bleibt, da sie weder unmittelbar noch mittelbar gegen die „guten Sitten" verstößt und somit von der Nichtigkeit der zweiten Verfügung nicht in Mitleidenschaft gezogen werden kann. Im Anschluß daran weist Strohal darauf hin, daß auch sonst unter Umständen sich aus einer, mit einer unsittlichen, auflösenden Bedingung versehenen Verfügung eine als unwirksam zu behandelnde Teilverfügung herauslösen läßt, wodurch ermöglicht wird, wenigstens die noch bleibende Restverfügung, soweit sie den guten Sitten entspricht und daher nach Möglichkeit zur Ausführung zu bringen ist, in Geltung zu erhalten[1])

2. Wirkung.

Im Folgenden ist die bereits oben angedeutete Wirkung der Beifügung unsittlicher[2]) und unmöglicher Bedingungen zu letztwilligen Verfügungen zu erörtern.

---

[1]) Vgl. das von ihm in Anm. 12 zu § 25 I, 7 angeführte Beispiel: „Ein Eblasser setzt A .als Erben ein, jedoch mit dem Beisatze, daß die Erbschaft nach A.'s Tode auf den B. übergehen solle, wenn A. es unterlasse, seinen einzigen Sohn nicht nur von der Erbfolge auszuschliessen, sondern ihm auch den Pflichtteil zu entziehen. Setzt man auch voraus, daß ein gesetzlicher Grund zur Entziehung des Pflichtteils vorliegt, so widerspricht die dem A. gemachte Zumutung, daß er von diesem gesetzlichen Grunde unter allen Umständen auch Gebrauch mache, doch den guten Sitten. In welchem Umfange aber ist die Verfgüung als nichtig anzusehen? Man wird sagen dürfen, daß der Erblasser die Erbschaft dem A. jedenfalls für die Zeit vom Erbfall an bis zu dessen Tode zuwenden wollte. Insoweit wird die Verfügung des Erblassers daher auch aufrecht zu erhalten sein. In untrennbarem Zusammenhange mit der gegen die guten Sitten verstoßenden Verfügung steht nur, was der Erblasser hinsichtlich seiner Erbschaft für die Zeit nach dem Tode des A. bestimmt hat. Demgemäß ist nicht etwa nur die Bedingung als nicht beigefügt zu erachten, sondern ist die ganze auf diese Zeit sich beziehende Verfügung nichtig. Das Ergebnis ist somit, daß hinsichtlich der von A. erworbenen Erbschaft mit dessen Tode die in § 2104 bezeichneten gesetzlichen Erben des Erblassers als Nacherben berufen werden."

[2]) Hinsichtlich der Wirkung stehen die einer letztwilligen Verfügung beigefügten unerlaubten Bedingungen völlig gleich; so auch Leonhard § 2074 Anm. I D; Strohal Bd. 1 § 25 I, 7.

Ein Rückblick auf die früheren Rechte ergibt, daß nach römischem und auch nach römisch-gemeinem Rechte[1]) die unsittlichen Bedingungen einfach gestrichen wurden und somit ohne Einfluß auf die damit verbundenen Zuwendungen und deren Gültigkeit blieben. Der Grund für diese Regelung ist wohl mit Leonhard[2]) darin zu suchen, daß die Römer annahmen, auf diese Art und Weise, indem sie dem Bedachten die Zuwendung bedingungslos zuerkannten, am ehesten die Begehung von Übeltaten zu verhindern, an die erbrechtliche Vorteile geknüpft waren. Es ist aber auch nicht ausgeschlossen und mag mitbestimmend gewesen sein, daß man voraussetzte, dem Erblasser sei mehr an seiner Beerbung als solcher, als an der betr. Bedingung gelegen, und infolgedessen wohlwollend annahm, der Erblasser sei sich eben über die Rechtswidrigkeit seiner Bedingung nicht völlig klar gewesen[3]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat eine gleiche Bestimmung nicht aufgenommen, da man mit Recht diese Erwägungen und Gründe als nicht ausreichend und stichhaltig, auch als dem in anderen Bestimmungen zum klaren Ausdruck gekommenen Geist und Willen des Gesetzes zuwiderlaufend erkannte; denn Sitte und Recht darf eine letztwillige Verfügung keinesfalls außerachtlassen[4]). Ebensowenig aber ist es zulässig, die Bedingung zu streichen, da sie eine wesentliche, vom Erblasser ausdrücklich gewollte und festgelegte Voraussetzung der betr. Berufung bildet und außerdem die Streichung ein quasi poenales Element in diese Fragen hineintragen würde, was vom Gesetz in keiner Weise gewollt ist, und der schon früher erwähnten Tendenz des Erbrechtes: „weitgehendste Berücksichtigung des erblasserischen Willens" direkt zuwiderlaufen würde.

Es gelten somit die allgemeinen Regeln der §§ 138, 139, wonach grundsätzlich die damit verbundenen Zuwendungen nichtig sind[5]), einerlei, ob es sich um aufschiebende oder auflösende Be-

---

[1]) Vgl. Dig. XXVIII. 7. L. 9; Dig. XXXV. 1. L. 20. Auf demselben Standpunkte stehen von neueren Gesetzbüchern: das Bayrische Gesetzbuch von 1756 (Code Max. Bav. Civ. III, 3 § 10), das A.L.R. (I 4, §§ 6 — 13, 138 ff.; I. 12 § 63), der Code civil (Art. 900) und das Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (Sächs. Gesetzbuch §§ 190, 2129).

[2]) § 2074 Anm. I C.

[3]) Endemann Bd. III § 36.

[4]) Dieser, dem gesunden Volksempfinden entspringende Wille des Gesetzgebers ist, wie die §§ 123, 138, 157, 162, 242, 815, 826 usw. ergeben, zum im B.G.B. allgemein gültigen Prinzip geworden.

[5]) Ebenso das Österreichische Gesetzbuch in § 698; dasselbe macht nur hinsichtlich der auf Beförderung der Ehelosigkeit gerichteten Bedingungen, indem es dieselben in § 700 für nicht beigefügt erklärt, eine Ausnahme.

dingungen handelt[1]). (Vgl. jedoch die Seite 58/59 erörterte Ausnahmemöglichkeit.)

Was die unmöglichen Bedingungen anlangt, so ließ ihnen das römische und dementsprechend auch das gemeine Recht die gleiche Behandlung angedeihen wie den unsittlichen Bedingungen: sie galten als nicht beigefügt, ohne Rücksicht darauf, ob sie aufschieben oder auflösen sollten[2]). Diese von den Sabinianern im Gegensatz zu den Prokulianern[3]) vertretene Ansicht entbehrt der inneren Begründung und ist daher auch in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht übernommen worden. Maßgebend ist sonach, falls nicht zugleich Unsittlichkeit oder, z. B. bei Kenntnis des Erblassers von der Unmöglichkeit, Nichternstlichkeit der Zuwendung mit der in § 118 geregelten Wirkung vorliegt[4]), mangels besonderer gesetzlicher Bestimmungen die aus allgemeinen Grundsätzen und der Natur der Sache sich ergebende Entscheidung, wonach die aufschiebende unmögliche Bedingung die mit ihr verknüpfte letztwillige Zuwendung unwirksam macht, während die auflösende Bedingung, wenigstens vorläufig, einflußlos ist[5]). Die Mehrzahl der erwähnten Schriftsteller sagt allerdings, die auflösende Bedingung gelte als „gestrichen". Dem kann jedoch nicht beigestimmt werden. Vielmehr bleibt dieselbe mangels einer anderslautenden Gesetzesbestimmung nach wie vor bestehen und tritt in Kraft, sobald die ihr innewohnende Unmöglichkeit einmal behoben wird, wie sich aus § 2084 in Verbindung mit dem in § 318 Abs. 1 ausgesprochenen Prinzip ergibt, das hier analog anzuwenden ist.

3. Beispiele.

Zum Schlusse seien auch hier einige Beispiele angeführt, die geeignet sind, die oben entwickelten Grundsätze darüber, wann eine unsittliche Bedingung vorliegt, noch näher zu illustrieren.

Das römische Recht erwähnt als gegen die „guten Sitten" verstoßend eine ganze Reihe von Bedingungen, die, wie Meischei-

[1]) So Strohal § 25, I, 7; Kretzschmar, S. 144; Dernburg, Bd. V § 44 III; Staudinger § 2075 Anm. I, 4; Meyer § 35, 2 f β; Meischeider S. 120; Eichhorn S. 173; Endemann Bd. 3 § 36; Kipp § 20 V; a. A. Leonhard § 2074 Anm. I C, der gleich der noch zu erörternden auflösenden unmöglichen Bedingung auch die auflösende unsittliche Bedingung einfach streichen will und dabei unberücksichtigt läßt, daß die Unsittlichkeit der beigefügten Bedingung, im Gegensatz zu der unmöglichen Bedingung, die zugehörige Zuwendung ohne Rücksicht darauf ergreift, ob sie aufschiebender oder auflösender Natur ist.

[2]) Inst. II, 14 § 10; Dig. XXXV, 1, L. 3 und 6 § 1; Dig. XXVIII, 7. L. 20 pr.

[3]) Vgl. Meyer § 35 f α Anm. 67.

[4]) Vgl. Meyer § 35 f α Anm. 66.

[5]) So: Leonhard § 2074 Anm. I C; Strohal § 25 I 4; Meyer § 25 f α Dernburg Bd. V § 44 III; Staudinger, Gemeins. Bemerk. I. 3 zu §§ 2074/75.

der (Seite 118/19) mit Recht betont, zum Teil geradezu pathologischer Natur sind und nach den heutigen sittlichen Anschauungen in dem Testament eines geistig gesunden Menschen wohl kaum mehr vorkommen werden, so z. B.: „si ab hostibus patrem suum non redemerit", „si parentibus suis patronore alimenta non praestiterit", oder „si reliquias defuncti in mare abiciat". Auch die sog. condicio iusiurandi[1]), durch welche der Schwur des Erben, einem bestimmten Befehl des Erblassers nachzukommen, zur Bedingung seines Erbschaftserwerbes gemacht wurde, galt als unsittlich und daher als nicht geschrieben, da man die Anwendung eines derartigen Zwangsmittels mit Recht für unzulässig hielt.

Dagegen auch heute noch möglich sind die im Folgenden erörterten Fälle, wie die zahlreichen ergangenen gerichtlichen Entscheidungen erkennen lassen.

a) So wird man im Allgemeinen sagen müssen, daß die Bedingung, eine bestimmte Person oder überhaupt zu heiraten oder nicht zu heiraten, in der Regel gegen die guten Sitten verstößt, da jedem Menschen in diesem Punkte volle Entschließungsfreiheit gelassen werden muß[2]). Denselben Gedanken bringt schon das römische Recht in Dig. XXXXV. 1. l. 97, § 2 zum Ausdruck, indem es bestimmt, daß die Unerlaubtheit des Versprechens eines Vermögensvorteils für den Fall der Eingehung oder Nichteingehung einer Ehe nur nach eingehender Erörterung des konkreten Falles bejaht werden darf. In der gleichen Weise muß auch heute unter der Herrschaft des Bürgerl. Gesetzb. vorgegangen werden: jeder einzelne Fall ist auf seine besondere, konkrete Gestaltung hin genau zu prüfen, da sehr wohl Fälle denkbar sind, bei denen derartige Bedingungen nicht beanstandet werden dürfen. So z. B. wenn der Erblasser seinen Neffen zum Alleinerben einsetzt unter der Bedingung, daß er des Erblassers Nichte heiratet, und weiterhin anordnet, daß, falls der Neffe die Bedingung nicht erfüllt, der Erbteil des Neffen ganz oder doch zum Teil eben dieser Nichte zufallen solle. Denn in diesem Falle hat der Erblasser die völlig einwandfreie Nebenabsicht gehabt, durch die erwähnte Bedingung auch seiner Nichte etwas zuzuwenden, die er auf jeden Fall verwirklich wissen wollte, wenn nicht auf die eine, so doch auf die andere Weise. Dagegen würde es zweifellos gegen die guten Sitten verstoßen, wenn der Erblasser es dem Bedachten zur Bedingung macht, seine, des Erblassers, Maitresse zu ehelichen.

Ferner wird man nicht ohne Weiteres eine Bedingung für unsittlich erklären können, wonach der Erblasser dem Bedachten

[1]) Vgl. Dig. XXXV. 1. L. 20.

[2]) So: Leonhard § 2074 Anm. I C; Kretzschmar S. 144; Meischeider S. 119; Meyer § 35 f β Anm. 73; Staudinger § 2075 Anm. I. 4.

die Zuwendung entzieht, falls er eine, wie dem Erblasser bekannt, offenkundig und nachweislich sittlich verdorbene oder sonst anstößige Person ehelicht, da man es dem Erblasser wohl nicht verdenken kann, wenn er darauf bedacht ist, daß sein Nachlaß in die Hände von einer solchen Zuwendung würdigen Personen gelangt[1]).

Nicht zuzustimmen ist Meyer[2]), der unterscheiden will, ob durch eine solche Bedingung seitens des Erblassers ein unzulässiger Druck ausgeübt werden sollte, oder „ob die Anordnung nur für den betr. Fall getroffen sei", und in letzterem Falle einen Verstoß gegen die guten Sitten verneint. Denn er verkennt, daß bei derartigen Bedingungen nicht so sehr der Wille des Erblassers, sondern die Einwirkung der Bedingung auf den Bedachten dieser den Stempel der Unsittlichkeit aufdrückt. Und gerade diese wird wohl in den weitaus meisten Fällen sich als unzulässigen Druck darstellen.

Ferner wird, wie auch in allen anderen noch zu besprechenden Beispielen, immer zu prüfen sein, ob wirklich eine Bedingung und nicht eine Befristung vorliegt, d. h. ob der Erblasser dem Bedachten die Ehelosigkeit usw. zur Pflicht gemacht, ihm gleichsam auferlegt hat, oder ob er ihm die Zuwendung nur zugedacht hat, solange er ehelos usw. bleibe. Denn im letzteren Falle liegt eine einwandfreie Befristung vor, da ebensogut, wie man jemanden etwas auf bestimmte Zeit zuwenden kann, er das auf einen Zeitraum tun kann, dessen Anfangs- oder Endpunkt nicht von vornherein bestimmt ist, sondern von dem Eintritt eines Ereignisses, wie z. B. der Verheiratung, abhängig gemacht ist[3]). Allerdings wird wohl der Inhalt derartiger Anordnungen im Zusammenhange mit den ganzen begleitenden Umständen meist für die Rechtsnatur der Bedingung sprechen.

b) Die gleichen Grundsätze wie zu a) sind anzuwenden, wenn der Erblasser eine Zuwendung davon abhängig gemacht hat, daß der Bedachte eine Eheschließung einleitet oder unterläßt[4]). Eine Abweichung tritt nur insoweit ein, als hier nur in den alleräußersten Fällen, d. h. wenn ganz besondere Umstände dafür sprechen, die betr. Bedingung unbeanstandet bleiben darf, weil gerade hinsichtlich einer bereits bestehenden Ehe, schon mit Rücksicht auf die etwa daraus hervorgegangenen Kinder, nach dem herrschenden Volksbewußtsein, wie es sowohl im Bürgerlichen Gesetzbuch als auch in der Zivilprozeß-Ordnung in den

---

[1]) Diesen Grundsatz vertrat schon das römische Recht, indem es den zugunsten von personae turpes übergegangenen Geschwistern des Erblassers einen Pflichtteilsanspruch gab; vgl. Inst. II. 18 § 1 u. s. w.

[2]) § 35 f β Anm. 73.

[3]) Förster-Eccius, Bd. 4, S. 377; Entscheidungen des Obertribunals in Striethorst's Arch., Bd. 21, S. 288 ff.

[4]) Meischeider, Seite 119.

dahin zielenden Vorschriften seinen Niederschlag gefunden hat, jeder äußere Einfluß ferngehalten und ausgeschaltet werden soll. Besonders gilt dies bezüglich einer die Ehescheidung verlangenden Bedingung, da allgemein das, auch vom Gesetzgeber zu Recht gebilligte und unterstützte Bestreben besteht, eine einmal bestehende Ehe, wenn irgend möglich, auch weiterhin aufrecht zu erhalten.

c) Anders ist es dagegen, wenn der Erblasser bestimmt hat, daß seine Witwe für den Fall ihrer Wiederverheiratung ihres Erbteils ganz oder doch zum Teil verlustig gehen und derselbe seinen gesetzlichen Erben zufallen soll. Denn diese Anordnung ist durchaus zu billigen, da einerseits die Witwe im Falle ihrer Wiederverheiratung ja wieder versorgt ist — fällt doch auch bei Wiederverheiratung die staatliche Witwenpension aus dem gleichen Grunde fort — und andererseits es dem Erblasser durchaus nicht verdacht werden darf, wenn er darauf bedacht ist, sein Vermögen uneingeschränkt den Gliedern seiner Familie, insbesondere seinen Abkömmlingen zu erhalten[1]), und nicht dem ihm völlig fremden zweiten Ehemann bezw. den aus dieser zweiten Ehe hervorgehenden Kindern zukommen zu lassen[2]).

d) Dem Kammergericht lag folgender, bereits aus anderem Anlaß Seite 50/51 besprochener Fall zur Entscheidung vor[3]).

Der Erblasser, der lange Zeit mit seiner Wirtschafterin außerehelichen Geschlechtsverkehr gepflogen hatte, hatte derselben ein namhaftes Vermächtnis unter folgenden Bedingungen ausgesetzt:

1. solle sie einen makellosen Lebenswandel führen;
2. nicht mit ihrer Schwester zusammenziehen;
3. mit dem Erben keine „Kompromisse" schließen, und
4. solle sie nur in St. oder D. Wohnung nehmen dürfen.

Das Kammergericht hat sämtliche Bedingungen für zulässig erklärt. Hinsichtlich der ersten Bedingung ergibt sich das von selbst aus dem Inhalt derselben. Bezüglich der zweiten Bedingung fehlen leider nähere Angaben, z. B. ob es sich bei der betr. Schwester um eine sittlich nicht einwandfreie Person handelte, deren verderblichen Einfluß der Erblasser die Vermächtnisnehmerin entziehen wollte, um sie vor der Möglichkeit eines ähnlichen Lebenswandels und somit auch, abgesehen von der moralischen Verwerflichkeit desselben, vor einem Verstoß gegen Bedingung 1

---

[1]) Diese Tendenz befolgt auch das Gesetz in seiner Regelung der der Witwe zustehenden gesetzlichen Erbportion; vgl. §§ 1931 ff.

[2]) So auch Endemann, Bd. III § 36 Anm. 25 und das römische Recht in Nov. 22, c. 44 lex Julia Miscella; a. A. Dig. XXXV 1. L. 22 und Förster-Eccius Bd. 4 S. 376/77 für den Fall, daß der Witwenstand zur „Pflicht" gemacht worden ist.

[3]) Rspr. d. O.L.G. Bd. 13 S. 317 ff.

zu bewahren. Liegen die Umstände so, oder war die Schwester zwar sonst einwandfrei, aber verschwenderisch veranlagt, sodaß der Erblasser mit Recht von einer Vereinigung der beiden Schwestern eine schnelle Vergeudung der zur Sicherung der Zukunft der Bedachten bestimmten Summe befürchten mußte, dann ist die Entscheidung des Kammergerichtes nur zu billigen. Dasselbe wird man von der dritten Bedingung sagen müssen, obwohl auch hier die überaus knappen Angaben eine eingehende Überprüfung erschweren. Denn es ist wohl anzunehmen, daß es sich bei der Vermächtnisnehmerin um eine leicht zu beeinflussende und einzuschüchternde Person handelte und der Erblasser, der das wußte, aus diesem Grunde seine Geliebte, die er vor der Notlage schützen wollte, in die er sie durch das anstößige Konkubinat mit ihm gebracht hatte, auf diese Weise in ihrem ureigensten Interesse an einem Nachgeben gegenüber den an der Verringerung bzw. gänzlichen Beseitigung des Vermächtnisses natürlich hochinteressierten Vermächtnisbeschwerten hindern wollte.

Ebenso[1]) ist auch die vierte Bedingung mit den guten Sitten vereinbar, da auch sie nach den Feststellungen des Kammergerichtes lediglich im Interesse der Bedachten getroffen worden war. Denn die Vermächtnisnehmerin war „mit den Verhältnissen in St., wo sie zur damaligen Zeit wohnte, und die zudem ihre Heimatstadt war, wohl vertraut, und empfand daher die Aufenthaltsbeschränkung keineswegs als übermäßige Beschränkung ihrer persönlichen Freiheit. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß ihr die Wahl zwischen zwei Städten gelassen war, und ihr außerdem nach bereits erfolgter Wahl der einen Stadt der weitere Wechsel von einem Ort zum anderen immer noch freistand." Alle diese Argumente zusammengenommen, lassen eine Anwendung des § 138 nicht angebracht erscheinen. Das weitere Argument des Kammergerichtes „es stehe außerdem der Vermächtnisnehmerin ja jederzeit frei, ihren Wohnsitz zu verlegen, wenngleich auf die Gefahr hin, das bedingte Vermächtnis alsdann zu verlieren", ist dagegen nicht verwendbar und auf die Frage der Unsittlichkeit ohne jeden Einfluß. Denn diese Möglichkeit steht dem Bedachten bei jeder unsittlich bedingten letztwilligen Zuwendung offen. Wollte man daher diese Möglichkeit als Argument in dem vom Kammergericht gebilligten Sinne anerkennen, so wäre schlechterdings die Anwendbarkeit des § 138 auf derartige Zuwendungen ausgeschlossen, ganz abgesehen davon, daß man eine an sich unsittliche Bedingung unmöglich mit der Begründung für mit den „guten Sitten" vereinbar erklären kann, daß der mit ihr Beschwerte sie ja nicht erfüllen müsse.

[1]) Nach römischem Recht, Dig. XXXV 1. L. 71 § 2, verstieß die Bedingung, daß der Bedachte nicht vom Denkmal des Erblassers weichen oder in einer bestimmten Stadt seinen Wohnsitz nehmen müsse, gegen die guten Sitten.

Erwähnt, aber mangels genügenden Nachweises nicht weiter besprochen, wird vom Kammergericht noch eine 5. Bedingung, daß nämlich die Vermächtnisnehmerin dem Erblasser bis zum Ablauf von 4 Jahren nach seinem Tode „Buhlentreue" übers Grab hinaus in Gestalt gänzlicher geschlechtlicher Enthaltsamkeit halte. Diese Bedingung verstößt gegen die guten Sitten. Denn abgesehen davon, daß das Halten dieser Bedingung der Vermächtnisnehmerin unter Umständen während dieser Zeit das Eingehen einer Ehe unmöglich machen würde, stellt sie sich auch sonst als grober Eingriff in ein Gebiet dar, in dem eine durch Versprechen materieller Vorteile unterstützte Beeinflussung besonders verwerflich erscheint.

e) Für unsittlich hat das Reichsgericht folgende Bestimmung erklärt:

„Es wird und darf nur dann ausgezahlt werden, wenn die vier Enkelkinder der katholischen Religion angehören; sollte eins derselben eine andere Religion annehmen, so werden die 8000 Taler in gleiche Teile unter meine fünf Kinder verteilt." da das vom Erblasser Geforderte sich als eine unerlaubte, die Gewissensfreiheit beschränkende Bedingung darstelle. Dieser Entscheidung ist zuzustimmen, da es den allgemein herrschenden Volksanschauungen zuwiderläuft, jemanden durch die Aussicht auf den ihm bei Aufgabe des katholischen Bekenntnisses entgehenden Vorteil an die katholische Kirche, wenn auch nur durch Aufrechterhaltung des äußerlichen Bekenntnisses zu ihr, zu binden und ihm dadurch die Möglichkeit zu nehmen, einer wohlüberlegten Sinnesänderung folgend die Konfession zu wechseln. Verstärkt wird die Unsittlichkeit im vorliegenden Falle dazu noch durch die weitere Bestimmung, daß die sämtlichen Enkelkinder ihrer Zuwendung verlustig gehen sollen, falls auch nur eines von ihnen eine andere Religion annimmt, da auf diese Weise jeder der Bedachten infolge des statuierten Solidarinteresses genötigt werden sollte, nicht nur selbst nicht den katholischen Glauben zu verlassen, sondern auch seine übrigen drei Geschwister nach Kräften daran zu verhindern.

Diese Ausführungen treffen natürlich auch sämtlich den Fall, daß der Erblasser nicht den Verbleib bei einer bestimmten Konfession, sondern den Übertritt zu einer anderen Konfession bedingungsweise dem oder den Bedachten zur Pflicht macht. Auch eine solche Bestimmung würde unter § 138 fallen[1]).

f) Einem ähnlichen Gebiete wie dem zu e) erörterten gehört ein vom Bayrischen Obersten Landesgericht entschiedener Fall an[2]).

---

[1]) Ebenso: Leonhard § 2074 Anm. I C, Kretzschmar S. 144, Staudinger § 2075 Anm. I 4, Meischeider S. 119, Förster-Eccius Bd. 4 S. 377.
[2]) Seuff. Arch. Bd. 50 Nr. 97 S. 171.

Der Erblasser, ein katholischer Pfarrer, hatte seinem Neffen ein erhebliches Vermächtnis unter der Bedingung zugewendet, daß derselbe ebenfalls katholischer Geistlicher werde.

Auch diese Bedingung verstößt gegen die guten Sitten, da es, wie das Bayrische Oberste Landesgericht sehr richtig ausführt, „als eine der Gegenwart entsprechende sittliche Anforderung erscheint, daß die Bestimmung eines Menschen zum Dienst Gottes und der Kirche von jeder äußeren Beeinflussung ferngehalten und nicht durch die Aussicht auf einen Vermögensvorteil herbeigeführt werde."

Weiter in dieser Richtung bedeutungsvoll und von entscheidendem Einfluß ist auch noch der Umstand, daß es sich um den Eintritt in den katholischen Priesterstand handelt, da derselbe als notwendige Folge die Ehelosigkeit nach sich zieht[1]).

Diese Grundsätze müssen auch allgemein bei jeglicher Beeinflussung hinsichtlich der vom Bedachten zu treffenden Berufswahl angewandt werden, nicht nur, wenn der Stand eines katholischen Priesters in Frage steht, da es allgemein verwerflich ist, jemanden gegen seine Veranlagung und Willen durch eine letztwillige Zuwendung in einen ihn später nicht befriedigenden Beruf hineinzudrängen, und so vielleicht für sein ganzes Leben zu einem unzufriedenen Menschen zu machen, der erst zu spät einsieht, daß Geld oder sonstige Vermögenswerte niemals ein ausreichendes Äquivalent für die aufgegebene Entschlußfreiheit bilden können[2]).

Hat dagegen der Erblasser ein von ihm betriebenes Unternehmen, an dessen Fortbestehen ihm gelegen war, nebst dem darin steckenden Vermögenswerte unter der Bedingung zugewandt, daß der Bedachte es nicht veräußert, sondern selbst weiterbetreibt, so darf darin nichts Anstößiges gefunden werden.

g) Gegen die guten Sitten verstößt ferner die Bedingung, jemanden zu adoptieren oder ein Kind in Adoption zu geben[3]). Denn eine derartige Handlung kann und darf nur aus rein ethischen und edlen Motiven heraus vorgenommen, nicht aber durch damit verbundene Vermögensvorteile veranlaßt werden, da nur unter diesen Umständen das unbedingt erforderliche, ungetrübte Einvernehmen zwischen Eltern und Adoptivkind gewährleistet erscheint, und andererseits niemand durch Aussetzung von letztwilligen Zuwendungen zu dem überhaupt nur in den allerseltensten Fällen zu billigenden Entschluß getrieben werden soll, sein leibliches Kind, sei es auch in noch so gute Hände, in Adoption zu geben. Allerdings sind auch hier Ausnahmen denkbar. So

---

[1]) Hierzu vgl. insbesondere Beispiele a) und die dortselbst gemachten Ausführungen.

[2]) So auch: Staudinger § 2075 Anm. I. 4; Meischeider S. 119.

[3]) So auch Enneccerus Bd. I. 1. § 178 II. 2.

ist z. B. der Fall auszunehmen, daß der Erblasser sein uneheliches Kind versorgen und ihm einen ehrlichen Namen und elterliche Fürsorge verschaffen will, indem er einer vertrauenswürdigen Person etwas unter der Bedingung zuwendet, daß sie das betr. Kind adoptiert. Eine derartige Zuwendung fällt nicht unter § 138. Man wird daher wohl zusammenfassend sagen können, daß eine Bedingung der erwähnten Art in der Regel gegen die guten Sitten verstößt und nur ausnahmsweise dann zulässig ist, wenn sie offensichtlich das zukünftige Wohlergehen des zu adoptierenden Kindes in erheblichem Maße befördert, was wiederum zur Voraussetzung hat, daß einmal die große Armut oder die moralische Minderwertigkeit der leiblichen Eltern das materielle Fortkommen oder die moralische und sittliche Ausbildung und Erziehung des Kindes erheblich gefährdet und daher eine Verbringung desselben aus seiner bisherigen Umgebung dringend wünschenswert erscheinen läßt, während andererseits die Vermögenslage sowie die Persönlichkeit und Lebensstellung der in Aussicht genommenen Adoptiveltern Gewißheit bieten, daß derartige Gefährdungen des Kindes in Zukunft ausgeschlossen sind. Es darf jedoch nie außer Acht gelassen werden, daß auch hier immer nur allgemeine Richtlinien gegeben werden können und letzten Endes immer die besonderen Umstände des konkreten Falles entscheidend und ausschlaggebend sind.

b) Zum Schlusse sei noch die sog. kaptatorische Verfügung erwähnt, die unter der Bedingung gemacht ist, daß der Erblasser oder eine von ihm bezeichnete dritte Person von dem Bedachten oder von einer ebenfalls bestimmt bezeichneten anderen Person wiederum bedacht wird.

Die Römer erklärten eine solche Verfügung für ungültig, weil sie nicht durch benevolentia veranlaßt worden sei.

Dem heutigen Rechte ist jedoch ein derartiges Erfordernis unbekannt, und ist daher heute in einer derart bedingten Zuwendung nichts Anstößiges mehr zu erblicken. Dafür sprechen unter Anderem auch die in den §§ 2269/70 enthaltenen Gesetzesvorschriften über das gemeinschaftliche Testament, in denen das gleiche Prinzip gesetzliche Anerkennung findet[1]). Daraus ergibt sich auch hinsichtlich der kaptierten Verfügung für das moderne Recht eine andere Behandlung, als sie das römische Recht erforderlich machte. Denn während sie nach römischem Rechte uneingeschränkte Gültigkeit hatte, unterliegt sie heute unter Umständen der Anfechtung gemäß § 2078 Abs. II[2]).

---

[1]) Vgl. Leonhard § 2074 Anm. I C; Strohal § 25 I, 7; Meyer § 35, 2, f β

[2]) Vgl. Strohal a. a. O.

Kapitel 4.

Unwirksamkeit von Vermächtnissen und Auflagen infolge Unmöglichkeit der vermachten oder aufgelegten Leistung.

A. Vermächtnisse.

Die Unmöglichkeit einer im Wege des Vermächtnisses oder der unten unter IV B behandelten Auflage festgesetzten Leistung bildet die dritte und letzte der unter I C erwähnten Einschränkungen der Bestimmungsfreiheit des Erblassers.

1. Allgemeines.

Maßgebender Zeitpunkt.

Unter Unmöglichkeit in diesem Sinne ist sowohl die objektive Unmöglichkeit als die subjektive Unmöglichkeit oder das sog. Unvermögen zu verstehen.

Nach der für das römische Recht maßgebenden und auch im gemeinen Rechte beibehaltenen, jedoch bereits vom A.L.R. aufgehobenen Regula Catoniana[1]) war für die Frage, ob Unmöglichkeit oder Unvermögen der vermachten Leistung vorlag, der Augenblick der Errichtung der betr. Anordnung maßgebend.

Eine derartige Regel besteht im B.G.B. nicht mehr. Vielmehr ist nach § 2171 jetzt der Zeitpunkt des Erbfalles ausschlaggebend. Ist der Anfall des Vermächtnisses jedoch von einer aufschiebenden Bedingung oder einem Anfangstermin abhängig, so ist der Zeitpunkt des Eintritts derselben entscheidend gemäß den Bestimmungen der §§ 2171, 2177, 2179, 308[2]).

[1]) Vgl. L. 1. pr. Dig. de reg. Cat. 34, 7: Catoniana regula sic definit, quot, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere. Diese Regel bezog sich übrigens nicht auf Vermächtnisse, deren dies cedens nicht schon mit dem Tode des Erblassers, sondern erst später eintrat.

[2]) Leonhard § 2171 Anm. I; Kipp § 109 1; Kretzschmar S. 237; Kosack Bd. 2 § 430 VIII. 2; Strohal Bd. II § 30, II, 1, auch Note 4; Prochownik S. 20; a. A. nur Peiser S. 195, der sich ohne nähere Begründung in formalistischer Weise lediglich auf den Wortlaut des § 2171 stützt.

2. Begriff und Wirkung der objektiven Unmöglichkeit.

a) Der Begriff der objektiven Unmöglichkeit der vermachten Leistung ist mit den bereits im Schuldrecht zu den §§ 275 ff., 323 ff. u. s. w. von Wissenschaft und Praxis erläuterten Unmöglichkeitsbegriffen im Wesentlichen identisch.

Objektiv unmöglich ist sonach die Leistung, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen überhaupt nicht gemacht werden kann, wie z. B. Leistung einer untergegangenen Sache, oder der nur mit derart unverhältnismäßig großen Opfern zu überwindende Hindernisse entgegenstehen, daß sie die für das Recht allein in Betracht kommende vernünftige ethische und wirtschaftliche Betrachtung ebenfalls als unmögilch erscheinen läßt[1]). Wo bei Vermächtnissen diese Grenze liegt, ergibt nur eine sorgfältige Berücksichtigung und Erwägung aller maßgebenden Verhältnisse, Umstände und Modalitäten, die bei Errichtung des Testaments und insbesondere des betr. Vermächtnisses obgewaltet haben, da erst eine auf all' diesen Gesichtspunkten aufgebaute Auslegung den vom Erblasser beabsichtigten, wahren Inhalt des Vermächtnisses klar stellen kann. Diese Auslegung wird, worauf Kleineidam (Seite 49/50) mit Recht aufmerksam macht, in der Regel bei Vermächtnissen als einseitigen, rein lukrativen Zuwendungen auf weit größere Schwierigkeiten stoßen, als das bei Verträgen der Fall ist, da es an dem „konkurrierenden und in diesem Zusammenhalt zur Erläuterung des Umfanges der gewollten Verpflichtung, insbesondere der dem Schuldner zuzumutenden Kraftanstrengung, erheblich beitragenden Willen des Mitkontrahenten" fehlt. Auf jeden Fall muß, wie überall im Erbrecht, der auf die oben angedeutete Art und Weise ermittelte wahre Wille des Erblassers in weitgehendstem Maße berücksichtigt werden, während den im Schuldrecht mitbestimmenden „Verkehrsrücksichten" hier, wenn sie auch nicht gänzlich aus der Betrachtung ausgeschieden werden können, doch nur ganz geringer und nebensächlicher Einfluß eingeräumt werden darf.

Im Folgenden seien die teils aus diesem Grundsatz sich ergebenden, teils durch Gesetzesbestimmungen ausdrücklich fest-

---

Hierzu gehört auch der Fall, daß ein Vermächtnis für den Fall angeordnet ist, daß die zugewandte Leistung möglich werde; § 2171, 308. Hat der Erblasser keine bestimmten Angaben gemacht, bis wann die Unmöglichkeit äußersten Falles behoben sein muß, liegt insbesondere keine der in § 2163 gesetzlich festgelegten Ausnahmen vor, so tritt § 2162 Abs. I in Kraft. Hinsichtlich der nachfolgenden, d. h. der nach dem Anfall des Vermächtnisses eintretenden Unmöglichkeit gelten die allgemeinen Regeln des Schuldrechtes. Auch bei bedingten und befristeten Vermächtnissen beginnt schon mit dem Erbfall eine bedingte Haftung des Beschwerten für Sorgfalt u. s. w.; Näheres vgl. bei Leonhard § 2171 Anm. III, 2; Strohal Bd. II § 30 Anm. 4; Kretzschmar S. 237 u. a.

[1]) Enneccerus Bd I 2 § 253 I a

gelegten Besonderheiten der objektiven Unmöglichkeit bei Vermächtnissen dargelegt. Hier kommt in erster Linie der Fall in Betracht, daß der vermachte Gegenstand zur Zeit des Vermächtnisanfalles dem Bedachten bereits gehört, sodaß an sich objektive Unmöglichkeit gegeben ist. Mitunter besteht jedoch die Möglichkeit, das Vermächtnis im Wege der Conversion, § 140, aufrecht zu erhalten, wenn sie dem mittels Auslegung erforschten Willen des Erblassers entspricht (§ 140: . . . wenn anzunehmen ist, daß . . .; § 2169 Abs. 2: . . . im Zweifel . . .[1]). So kann gemäß § 2169 Abs 2, falls dem Erblasser nur der rechtswirksame Besitz einer dem Vermächtnisnehmer zu Eigentum gehörenden Sache zustand, dieser Besitz als Gegenstand des Vermächtnisses gelten, wenn dadurch dem Bedachten ein rechtlicher Vorteil gewährt wird. Weiternin ist es möglich, daß, falls der Bedachte die vermachte Sache dem Erblasser schuldet, es sich um ein sog. Befreiungsvermächtnis handelt, d. h. der Vermächtnisnehmer soll auf diesem Wege von seiner Leistungspflicht befreit werden. Ähnlich liegt der Fall, daß der Bedachte die vermachte Sache von einem Dritten gekauft hat, aber diesem noch den Kaufpreis schuldet. Dann soll der Belastete verpflichtet sein, diesen Kaufpreis zu zahlen[2]). In diesem Falle ist der Belastete nicht zur Zahlung an den Bedachten, sondern nur zur Zahlung an den noch unbefriedigten Verkäufer berechtigt und verpflichtet, da, nach dem allein maßgebenden, weder durch den Vermächtnisnehmer noch durch den Beschwerten abänderbaren Willen des Erblassers, den Gegenstand des Vermächtnisses nicht die Zahlung der betr. Summe als solche bildet, sondern lediglich die Befreiung des Bedachten von der konkreten Schuldverpflichtung. Praktische Bedeutung wird diese Frage allerdings niemals erlangen, da der Verkäufer durch ein derartiges Vermächtnis keinerlei Rechte gegen den Beschwerten erlangt, dem Bedachten aber, falls er wirklich trotz Zahlung des Geldes an ihn von dem Beschwerten noch weitere Zahlung der gleichen Summe an den Dritten verlangen sollte, ihm die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung entgegenstehen würde.

Möglich ist fernerhin, daß der Bedachte die betr. Sache gekauft und bereits bezahlt hat. Alsdann ist ihm der Wert der Sache zu ersetzen[3]), und zwar nur der gemeine Verkehrswert, nicht der außerordentliche Wert. Denn diese Conversion ist nur dann möglich, wenn es dem Erblasser nicht darauf ankam, dem Bedachten gerade eine ganz bestimmte Sache zuzuwenden — dann wäre im vorliegenden Falle dem Willen des Erblassers be-

[1]) Leonhard § 2171 Anm. II.

[2]) Vgl. das von Leonhard angeführte Beispiel: „ich schenke dem N. N. sein (scil. unbezahltes) Auto."

[3]) So auch Inst. II. L. 20 § 6.

reits Genüge getan und eine nochmalige Wertzuwendung nicht seinem Willen entsprechend, — sondern vielmehr nur einen gewissen Wert zu vermitteln[1]).

Selten und nur bei Vorliegen ganz besonderer, diese Annahme rechtfertigender Umstände, wird dagegen Conversion gegeben sein, falls dem Bedachten die vermachte Sache bereits von einem Dritten geschenkt worden ist. Sind solche aber gegeben, so gilt ebenfalls der Wert derselben als zugewendet (concursus duarum causarum lucrativarum). Auch in diesem Falle wird die Beantwortung der Frage, ob Conversion vorliegt oder nicht, davon abhängen, ob es dem Erblasser in erster Linie darum zu tun war, dem Bedachten gerade den betr. Gegenstand als solchen zu verschaffen, oder ob es ihm lediglich darauf ankam, den durch den Gegenstand repräsentierten Wert zuzuwenden. Im ersteren Fall wird man, falls der Bedachte die betr. Sache bereits durch Schenkung erlangt oder gekauft und bereits bezahlt hat, Conversion ablehnen, sonst aber annehmen müssen[2]).

Hierher gehört weiter der Fall der Vorausgewährung des vermachten Gegenstandes durch den Erblasser selbst nach Anordnung des Vermächtnisses. Ein solches Vermächtnis schließt in der Regel jede Conversion aus und betrifft daher eine unmögliche Leistung, selbst wenn der Erblasser bei der Vorausgewährung nicht ausdrücklich zu erkennen gegeben hat, daß sie in der Absicht geschehe, das Vermächtnis schon im Voraus zu erfüllen[3]). Denn in diesem Falle ist sowohl die Absicht erfüllt, dem Bedachten den betr. Gegenstand als solchen zu verschaffen, als auch die, ihm nur einen gewissen Wert, dessen Höhe durch den Wert der vermachten Sache bestimmt und begrenzt wird, zuzuwenden. Man wird also Conversion nur dann annehmen und dementsprechend dem Bedachten den Wert der Sache zusprechen dürfen, wenn der Erblasser bei der Vorausgewährung oder später das ausdrücklich gewünscht hat, wobei allerdings zu beachten ist, daß die Äußerung dieses Wunsches an keinerlei Form gebunden ist.

Ist dagegen die Vorausgewährung bereits vor der Anordnung des Vermächtnisses erfolgt, so wird man zu unterscheiden haben, ob der Erblasser sich dessen bei der Anordnung erinnerte oder nicht. Erinnerte er sich, so ist Conversion anzunehmen, falls es sich nicht nur um eine Verspottung des Bedachten durch den Erblasser handelt (vgl. Seite 57); erinnerte er sich dagegen nicht

[1]) Vgl. auch die zum Wertbegriff in § 2170 Abs. II gemachten Ausführungen auf S. 86 ff.

[2]) Vgl. auch Boehm S. 167; anders Inst. II. L. 20 § 6.

[3]) Ohne Einfluß ist dabei, ob es sich um eine individuell bestimmte Sache handelt, oder um ein Gattungsvermächtnis; Kretzschmar S. 239.

der bereits erfolgten Schenkung, so ist Anfechtung gemäß § 2078 zulässig.

Eine Anordnung von nachhaltigster Bedeutung trifft das Gesetz in § 2150 hinsichtlich des sog. Vorausvermächtnisses, d. i. eines einem Erben zugewandten Vermächtnisses. Die römischen Juristen[1]) und im Anschluß an sie das gemeine Recht erklärten nämlich ein derartiges Vermächtnis insoweit für nichtig, als es den eigenen Erbteil des Vermächtnisnehmers belastete, während das B.G.B. a. a. O. demselben in vollem Umfange Gültigkeit und Wirksamkeit beilegt. Diese Bestimmung ist für den bedachten Erben von großem Vorteil[2]), insbesondere einem Nacherben oder Erbschaftskäufer gegenüber, da diesen im Zweifel gemäß den Bestimmungen der §§ 2110 Abs. II, 2373 das Vorausvermächtnis nicht zufällt; auch unterliegt der Erbe insoweit meist nicht der oft drückenden Beschränkung der Erben durch Testamentsvollstreckung usw.

Über den Zweck und die rechtliche Wirkung des § 2150 herrscht in der Literatur Streit. Die Vertreter der einen Ansicht[3]) behaupten nämlich, es liege trotz der Bestimmung des § 2150 eine juristische Unmöglichkeit vor, da das Vermächtnis gemäß § 2174 zwischen dem Erben und dem Vermächtnisnehmer ein Schuldverhältnis schaffe, dessen Entstehung beim Vorausvermächtnis rechtlich völlig oder teilweise ausgeschlossen sei, da in diesem Falle, je nachdem der bedachte Erbe oder Miterbe allein oder neben anderen beschwert sei, ganze oder teilweise Identität von Gläubiger und Schuldner vorliegen würde. An dieser Natur der Dinge könne § 2150 nichts ändern, sodaß der Bedachte trotzdem den bestimmten Gegenstand, soweit er gleichzeitig in seinem Erbteil enthalten ist, als Erbe innehabe. Das Gesetz schließe daher nur die daraus zu schließenden Folgerungen nach Möglichkeit zugunsten des Vermächtnisnehmers aus.

Gegen diese Ansicht wendet sich mit Recht Leonhard[4]), da die Bestimmung des § 2150[5]) vollkommen mit der vom Gesetz

---

[1]) Praelegat; z. B. Ulpianus in Dig. XXX. L. 34. § 11: si duobus sit legata, quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est ad collegatarium pertinebit.

[2]) Vgl. das von Kipp § 103 Anm. 2 gebrachte, diesen Vorteil besonders klar veranschaulichende Beispiel.

[3]) Kipp § 103, III, und Anm. 1; Kleineidam Seite 70/71.

[4]) § 2150 Anm. II; anscheinend auch das O.L.G. Hamburg in Rspr. Bd. 21 S. 308 ff., das beim Vermächtnis der Nichteinziehung einer Schuld, dem sog. Befreiungsvermächtnis (über diese Vermächtnisart vgl. Leonhard § 2173 Anm. IV; Boehm S. 152. III.), an eine Miterbin dieser ohne Rücksicht auf ihre Erbenqualität einen ungeteilten, obligatorischen Anspruch gegen die übrigen Erben auf Unterlassung der Geltendmachung der Forderung bezw. auf förmlichen Erlaß derselben zugesteht.

[5]) Der mit dem A. L. R. I Titel 12 § 262: „Ist einem der Miterben von den übrigen eine bestimmte Sache oder Summe vorausbeschieden

getroffenen, aus dem A.L.R. übernommenen Regelung und Gestaltung der Miterbenrechte vereinbar ist, sodaß eine „logisch" zwingende Schlußfolgerung der Nichtigkeit nicht getroffen werden kann. Den Anlaß und den Kernpunkt der ganzen Streitfrage bildet somit die Beurteilung der rechtlichen Gestaltung der Miterbenrechte am Gesamtnachlaß[1]), in der die oben (Note 3) aufgeführten Schriftsteller ebenfalls mit Leonhard auseinandergehen.

Der Streit hat jedoch infolge des klaren, unzweideutigen Wortlautes des § 2150 wenig praktische Bedeutung, sondern ist in der Hauptsache theoretischer Natur.

Hierher gehört ferner der Fall, daß der Erblasser dem Vermächtnisnehmer eine Forderung[2]), die ihm, dem Erblasser gegen den Erben zusteht, oder ein Recht, mit dem eine Sache oder ein Recht des Erben belastet ist, also z. B. ein Pfandrecht, zugewandt hat. An sich wäre ein solches Vermächtnis unmöglich, da mit Eintritt des Erbfalles die Forderung bzw. das Recht durch Konfusion, oder, soweit nicht § 889 hindernd entgegen steht, durch Konsolidation erlöschen muß. Die notwendige Folge davon würde sein, daß dem Vermächtnisnehmer gegen den Erben lediglich ein obligatorischer Anspruch auf Wiederherstellung der Forderung, nunmehr zwischen Erben und Vermächtnisnehmer, in rechtswirksamer Form zustehen würde. Ganz abgesehen von den dadurch bedingten, unnötigen Verwickelungen würden auf diese Weise unter Umständen auch noch überflüssige Kosten entstehen, falls z. B. die rechtsgültige Begründung der neuen Forderung noch besonderer gerichtlicher oder notarieller Form bedürfte[3]). Diesen Schwierigkeiten begegnet die vom Gesetz in § 2175 getroffene Fiktion, wonach in solchen Fällen „die infolge des Erbfalles durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse, allerdings nur in Ansehung des Vermächtnisses[4]), als nicht erloschen gelten", sodaß in diesem Falle — die einzige Ausnahme von der Regel des § 2274 — nicht nur ein obligatorischer Anspruch auf Leistung entsteht, sondern die vermachte Forderung selbst

---

worden, so wird er, in Ansehung dessen, als ein Legatarius angesehen" inhaltlich übereinstimmt.

[1]) Vgl. über die Frage Leonhard § 2032 Anm. III und dort zit. Literatur.

[2]) Über die Bedeutung der vermächtnisweisen Zuwendung einer dem Bedachten schon ohnehin gegen den Erblasser zustehenden Forderung, insbesondere über die Folgen einr derartigen Zuwendung, wenn die betr. Schuld des Erblassers an den Bedachten in Wahrheit nicht bestand: vgl. Leonhard §2173 Anm. V und dort zit. Literatur.

[3]) Wie z. B. bei den meisten über Grundstücke und Rechte an solchen abzuschließenden Geschäften.

[4]) Damit ist den Gläubigern des beschwerten Erben die Möglichkeit genommen, die Forderung usw. als bestehend zu behandeln und für sich pfänden zu lassen.

sofort bei Vermächtnisanfall mit dinglicher Wirkung auf den Bedachten übergeht, und daher zwischen Erben und Vermächtnisnehmer direkt hergestellt wird[1]). Das gilt selbstverständlich, wie schon der Wortlaut des Gesetzes zu erkennen gibt, nur soweit das Vermächtnis reicht, sodaß bei teilweiser Zuwendung einer Forderung oder eines belastenden Rechtes der überbleibende Teil erlischt. Eine weitere Folge des Nichterlöschens ist, daß auch die die Forderung sichernde Haftung von Pfändern und Bürgen bestehen bleibt[2]).

Objektive Unmöglichkeit der Leistung ist auch gegeben, wenn der Erblasser dem Bedachten eine ihm gegen einen Dritten zustehende Forderung vermacht hat, legatum nominis, und diese Forderung bereits vor dem Erbfall erfüllt worden ist. Für diesen Fall bestimmt § 2173, daß, falls der zwecks Erfüllung geleistete Gegenstand zur Zeit des Erbfalles noch in der Erbschaft vorhanden ist, im Zweifel anzunehmen sei, daß dem Bedachten dieser Gegenstand zugewendet sein solle, und weiterhin, daß, wenn die betr. Forderung auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet gewesen ist, im Zweifel die entsprechende Geldsumme auch dann als vermacht zu gelten habe, wenn eine solche sich in der Erbschaft nicht vorfindet. Durch diese Auslegungsregel ist die vorerwähnte Unmöglichkeit mit ihren Folgen im Wesentlichen ausgeschaltet. Sie beruht auf der billigen Erwägung, daß die in der Erfüllung der Forderung liegende Veränderung vollkommen dem wirtschaftlichen Zwecke dieses Rechtsverhältnisses entspricht und somit nur eine unweesntliche und daher praktisch einflußlose Verschiebung der Rechtslage darstellt[3]), von welchem Gesichtspunkt daher auch bei der Auslegung in erster Linie auszugehen sein wird. Voraussetzung ist also einmal, daß es sich um eine „eingezogene" Forderung handelt, da das Gesetz von erfolgter Leistung spricht und auch nur bei einer dergestalt vollzogenen Tilgung des Schuldverhältnisses eine unwesentliche Verschiebung vorliegt.

§ 2173 gilt daher auch nicht für Wertpapiere, die der Erblasser später verkauft hat[4]). Allerdings ist es nicht ausgeschlossen, aus dem Umstande, daß es sich um Wertpapiere handelt, die meist durch Verkauf und nicht durch Einziehung des Betrages vom Schuldner verwertet zu werden pflegen, andererseits zu folgern, daß der Erblasser die Absicht gehabt habe, dem Vermächtnisnehmer nach ihrem Verkauf deren Wert zuzuwenden. Nur kann sich der Bedachte nicht auf die in § 2173 enthaltenen ge-

---

[1]) Leonhard § 2174 Anm. I D und § 2175 Anm. I; Motive Bd. 5 S. 177; a. A. Planck 2175 Anm. 4 Boehm S. 152.

[2]) Leonhard § 2175 Anm. III C.

[3]) Leonhard § 2173 Anm. I; § 2164 Anm. III A.

[4]) Leonhard § 2173 Anm. II D; Kipp § 109 Anm. 3; a. A. Kammergericht in Rspr. d. O.L.G Bd. 10, S. 302.

setzlichen Auslegungsregeln berufen und muß daher im Bestreitungs- und Prozeßfalle diese Absicht beweisen, während bei Tilgung durch Einziehung den Beschwerten die gegenteilige Beweislast treffen würde[1]).

Weiteres Erfordernis ist, daß der geleistete Gegenstand noch in der Erbschaft vorhanden ist, wovon jedoch Satz 2 der Bestimmung, wie bereits erwähnt, eine Ausnahme bei Geldforderungen macht[2]). Diese Ausnahm eist, da nur bei Geldforderungen das Vermächtnis regelmäßig auf den Wert, nicht auf die gattungsmäßig bestimmten Geldstücke gerichtet ist, nicht auf Forderungen, die sonstige vertretbare Sachen zum Gegenstand haben, auszudehnen, wie auch der Wortlaut des Gesetzes ergibt[3]).

Nicht genau bestimmt ist in § 2173 der Zeitpunkt, in dem die Erfüllung der vermachten Forderung erfolgt sein muß, da das Gesetz lediglich sagt: vor dem Erbfalle. Man muß jedoch Leistung nach Anordnung des Vermächtnisses fordern[4]). Dafür spricht einmal der Wortlaut: hat der Erblasser eine ihm „zustehende" Forderung vermacht usw., da von einer dem Erblasser zustehenden Forderung nur solange die Rede sein kann, als sie noch nicht getilgt ist. Ein weiteres Argument bietet aber auch die historische Entwickelung der Vorschrift. Denn bereits das römische Recht hatte in Dig. de leg. XXXII. L. 11. § 13 die gleiche Bestimmung[6]). Aus dieser, unten mitgeteilten Stelle, ergibt sich, daß auch hier der Gesichtspunkt der ademptio legati maßgebend war. Insbesondere geht aber aus der ausdrücklich betonten Voraussetzung, daß die Einziehung nicht „hoc animo quasi vellet extinguere fideicommissum" erfolgt sei, hervor, daß

---

[1]) Unter Umständen kann auch die Auslegung ergeben, daß der vermachte Gegenstand überhaupt nicht an die Stelle der Forderung treten soll, und daher das Vermächtnis nur auf den z. Zt. des Erbfalles noch bestehenden Betrag der Forderung gerichtet war; so vor allem bei durch Zuwendung einer Schuldurkunde ausgedrückten Vermächtnissen, sodaß z. B. die von einem zugewendeten Sparkassenbuche abgehobenen Beträge als nicht mit vermacht gelten. Leonhard § 2173 Anm. II E; Kretzschmar S. 238; Eichhorn S. 254.

[2]) Bei diesen steht außerdem die Aufrechnung der Leistung gleich; Leonhard § 2173 Anm. II A, D; Kipp § 109 Anm. 3; Planck § 2173 Anm. 2. d; Staudinger § 2173 Anm. 2; Strohal § 33 Anm. 12; Dernburg Bd. V. § 83.

[3]) Vgl. Staudinger § 2173 Anm. 1 b und Zitate in Note 4 Seite 75.

[4]) So auch Boehm Seite 151; R.G.Z. Bd. 34 S. 301.

[5]) Kleineidam S. 68.

[6]) Ulpianus a. a. O.: Ergo et si nomen quis debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, non tamen hoc animo, quasi vellet extinguere fideicommissum, poterit dici deberi: nisi forte inter haec interest: hic enim extinguitur ipsa constantia debiti, ibi res durat, tametsi alienata sit. Cum tamen quidam nomen debitoris exegisset et pro deposito pecuniam habuisset; putavi fideicommissi petitionem superesse, maxime quia non ipse exegerat, sed debitor ultro pecuniam optulerat, quam offerente ipso non potuit non accipere.

im Sinne der angezogenen Stelle die Forderungseinziehung nach erfolgter Vermächtnisanordnung erfolgt sein muß. Die Vorarbeiten der einzelnen Kommissionen zu § 2173 gehen daher ebenfalls stillschweigend von dieser Voraussetzung aus[1]).

Schließlich verlangt Kleineidam (Seite 68) noch, daß die Zugehörigkeit des geleisteten Forderungsgegenstandes zu dem die Erbschaft bildenden Vermögen nicht unterbrochen sein dürfe, was er aus den Worten „noch in der Erbschaft vorhanden" folgern zu müssen glaubt. Dem kann nicht beigetreten werden, da ein derartiger Sinn durchaus nicht zwingend aus dem Gesetzestext herauszulesen ist, auch dem Willen des Gesetzgebers nicht gerecht wird. Im Gegenteil wird aus dem Umstande, daß der Erblasser den zeitweise aus seinem Vermögen auf irgendwelche Weise ausgeschiedenen Forderungsgegenstand wieder erwirbt, in den meisten Fällen darauf geschlossen werden müssen, daß der Erblasser dabei die Aufrechterhaltung des Vermächtnisses im Auge gehabt und gewünscht hat.

Zum Schlusse ist noch die Bestimmung des § 2172 zu erörtern, wonach „die Leistung einer vermachten Sache auch dann als unmöglich gilt, wenn die Sache mit einer anderen Sache in solcher Weise verbunden, vermischt oder vermengt worden ist, daß nach den §§ 946-948 das Eigentum an der anderen Sache sich auf sie erstreckt oder Miteigentum eingetreten ist, oder wenn sie in solcher Weise verarbeitet oder umgebildet worden ist, daß nach § 950 derjenige, welcher die neue Sache hergestellt hat, Eigentümer geworden ist." Eine Ausnahme gilt nach Absatz II nur dann, wenn die Verbindung, Vermischung oder Vermengung durch einen anderen als den Erblasser erfolgt ist. Hat nämlich in einem solchen Falle „der Erblasser Miteigentum erworben, so gilt dieses im Zweifel als vermacht und ebenfalls das Recht zur Wegnahme der verbundenen Sache, falls ein solches dem Erblasser zusteht. Im Falle der Verarbeitung und Umbildung jedoch hat es bei der Vorschrift des § 2169 Abs. III sein Bewenden."

Das wesentliche Moment ist also die Frage, wer die Verbindung, Vermischung usp. vorgenommen hat: ob der Erblasser oder ein Dritter. Während nämlich im ersteren Falle durchweg Un-

[1]) Ist vom Erblasser eine nach der Anordnung des Vermächtnisses untergegangene Sache, hinsichtlich deren ihm ein Wertersatzanspruch zusteht, vermacht und der Ersatzanspruch noch vor dem Erbfall durch Leistung getilgt worden, so findet § 2173 Satz 2 ebenfalls Anwendung, da Gegenstand des Vermächtnisses nach Lage der Sache eine „Geldforderung" war. Hat er jedoch irrtümlich dem Bedachten eine bereits vor Vermächtniserrichtung untergegangene Sache zuwenden wollen, so hat es infolge der Nichtanwendbarkeit des § 2169 Abs. III bei der Bestimmung des § 2171 sein Bewenden. Kleineidam Seite 64.

möglichkeit[1]) eintritt, ist dem Vermächtnisnehmer im Falle der Verbindung, Vermischung und Vermengung durch einen Dritten im Zweifel eine Ersatzberechtigung gegeben, die sich allerdings nur auf das vom Erblasser erworbene Miteigentum und Recht zur Wegnahme der verbundenen Sache erstreckt, während die in § 951 erwähnten eventuellen weiteren Ansprüche des Erblassers auf „Vergütung" in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung", auf „Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen" oder auf „Ersatz von Verwendungen" infolge Nichterwähnung in § 2172 Abs. II nicht ohne Weiteres als dem Bedachten zugewendet gelten. In dieser Hinsicht hat es also, ebenso wie gemäß § 2172 Abs. II Satz 2 bei Verarbeitung oder Umbildung durch einen Dritten, sein Bewenden bei der Vorschrift des § 2169 Abs. III, jedoch zu dem gleichen praktischen Erfolg führt, da in den meisten Fällen die in § 951 erwähnten weiteren Ansprüche sich als „Ansprüche auf Ersatz des Wertes darstellen werden"[2]).

Anderer Ansicht ist Kretzschmar (Seite 238), der in diesen Fällen, wie auch überall da, wo die Verbindung usw. durch Zufall herbeigeführt worden ist, die Auslegungsregel des § 2172 Abs. II angewandt wissen will. Seine Ansicht ist jedoch mit dem Wortlaut dieser Bestimmung, die andernfalls doch wohl nicht aufgezählt, sondern wie auch in Absatz I, einfach auf § 951 verwiesen haben würde, unvereinbar.

Hat dagegen der Erblasser bestimmt, daß der mit dem Vermächtnis beschwerte Erbe eine Sache, die wesentlicher Bestandteil einer anderen Sache ist, von dieser abzutrennen und dann dem Bedachten zu leisten habe, so wird diese Anordnung durch § 2172

---

[1]) Allerdings kann auch ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen sein; vgl. Leonhard § 2172 Anm. I, Strohal § 33 Anm. 9.

[2]) So auch Prochownik S. 31/32; Kleineidam S. 65.

War jedoch mit der zugewendeten Sache, einerlei ob vor oder erst nach der Errichtung des Vermächtnisses, eine andere derart verbunden, vermischt oder vermengt, daß das Eigentum an der zugewendeten Sache sich auf die andere Sache erstreckt, so bleibt dieselbe zusammen mit der anderen vermacht (Leonhard § 2172 Anm. I; Kretzschmar S. 238), und es ist Frage der Auslegung, ob die in § 951 aufgeführten Ansprüche auf „Vergütung in Geld gemäß §§ 812 ff." auf „Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen" und auf „Ersatz von Verwendungen", falls solche bestehen, im Innenverhältnis zwischen Bedachten und Beschwerten den einen oder den anderen treffen sollen, während anzunehmen ist, daß „das Recht auf Wegnahme einer Einrichtung" sowie der Anspruch auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung, soweit er auf Herausgabe des Erlangten in natura gerichtet ist, in der Regel den Vermächtnisnehmer trifft. Im Außenverhältnis, d. h. dem betr. Nachlaßgläubiger gegenüber, ist dagegen lediglich der Erbe gemäß § 1967 verhaftet, ohne Rücksicht darauf, ob er mit dem betr. Vermächtnis beschwert ist oder nicht. Das Gleiche gilt in den Fällen, in denen der Erblasser auf Grund § 950 Eigentümer der zugewendeten Sache geworden ist.

Abs. I nicht betroffen[1]). Gehört jedoch die nicht vermachte andere Sache nicht dem Erblasser, sondern einem Dritten, und stehen der Trennung Hindernisse entgegen, die nur mit ganz unverhältnismäßigen Opfern überwunden werden können, so ist trotz der entgegenstehenden Anordnung des Erblasser die vermachte Leistung unmöglich (vgl. „Verschaffungsvermächtnis" Seite 84 ff.).

§ 2172 enthält an sich, abgesehen von der Auslegungsregel des Absatz II nichts Besonderes. Denn auch ohne die Bestimmung des Absatz I würde in denjenigen Fällen, in denen die vermachte Sache in der daselbst angegebenen Weise mit einer anderen, dem Erblasser nicht eigentümlich gehörenden Sache vermischt usw. ist, die vermachte Leistung unmöglich sein, da ihrer Trennung usw., wenn sie nicht bereits physisch völlig ausgeschlossen und unausführbar ist, meist nur mit ganz unverhältnismäßig großen Opfern zu überwindende Hindernisse entgegen stehen, was, wie oben dargelegt, zur Begründung der objektiven Unmöglichkeit ausreicht.

Zweifel hätten jedoch bestanden, falls der Erblasser selbst die Veränderung vorgenommen hat oder Eigentümer sämtlicher verbundener usw. Stoffe gewesen ist[2]). In diesen Fällen hätte man nämlich unter Umständen annehmen können, Gegenstand des Vermächtnisses sei nunmehr nach dem Willen des Erblassers die mit der vermachten Sache verbundene andere Sache oder die verarbeitete bzw umgebildete Sache geworden. Diese Zweifel

---

[1]) Strohal § 33 Anm. 7; Staudinger Bem. II B 1 b zu §§ 2171/72.

[2]) Werden zwei bewegliche Sachen des Erblassers derart miteinander verbunden, daß sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, § 947, so kann infolge der Einheit des Eigentümers kein Miteigentum entstehen, sondern nur ein einheitliches Eigentumsrecht an der neuerstandenen einheitlichen Sache. Man kann daher nicht, wie Prochownik S. 23/24 das tut, von einem „Erestrecken" des Eigentums des Erblassers an der einen Sache auf die andere sprechen, da nicht mehr zwei verschiedene, sondern nur noch eine einheitliche Sache vorhanden ist. Prochownik verwechselt den Vorgang des Verbindens und dessen Wirkung mit dem durch die Verbindung hervorgerufenen, hier allein maßgeblichen rechtlichen Zustand. § 947 kommt somit hier nicht zur Anwendung. Man hat jedoch aus dem Geiste und dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck heraus auch für diese Fälle § 2172 Abs. I entsprechend anzuwenden. So auch: Kipp § 109, III; Planck § 2172 Anm. 1a.

Das Gleiche gilt auch für den Fall der Vermischung und Vermengung beweglicher Sachen des Erblassers, wenn sie die Entstehung einer neuen, einheitlichen Sache veranlassen. Unrichtig ist ferner die Ansicht Prochowniks, Seite 24, daß, falls die andere Sache nach der Verbindung mit der vermachten Sache Hauptsache ist, das Vermächtnis gültig sei. Allerdings kommt § 2172, Abs. I hier nicht zur Anwendung, aber nur, weil in einem solchen Falle eben schon nach den allgemeinen Regeln objektive Unmöglichkeit vorliegt, die das Vermächtnis unwirksam macht, wenn nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. So auch Leonhard § 2172 Anm. I.

sind durch Absatz I behoben, der auch diese Fälle einbegreift. Zwar deckt sie der Wortlaut des Gesetzes nicht genau, da die §§ 947 ff., auf die verwiesen wird, im Allgemeinen eine Verschiedenheit der in Betracht kommenden Personen voraussetzen und nur in dem ebenfalls angezogenen § 946 von dieser Verschiedenheit abgesehen und lediglich das Eigentum an den betr. Sachen als solches zum Ausgangspunkt genommen wird. Das ist aber nur auf die ungenaue Ausdrucksweise des Gesetzes und auf die, auch an anderen Stellen leicht zu Irrtümern verleitende Verweisungsfassung zurückzuführen. Bei den §§ 946 ff. scheiden nämlich die Fälle, in denen beide miteinander vermischte usw. Sachen ein- und demselben Eigentümer gehören bezw. die Verarbeitung oder Umbildung von dem Eigentümer der alten Sache selbst vorgenommen worden ist, völlig aus, da diese Bestimmungen nur getroffen sind, um die Frage des Eigentums zu lösen, die in diesen Fällen außer Zweifel steht. Weiter spricht für die hier vertretene Ansicht der Umstand, daß in Absatz II, der im Verhältnis zu dem die Regel enthaltenden Absatz I nur Spezialbestimmungen bringt, eine Ausnahme ausdrücklich nur für die Fälle gemacht wird, in welchen die Verbindung usw. und auch die Verarbeitung und Umbildung durch einen anderen als den Erblasser vorgenommen worden ist[1]).

Über den Zeitpunkt, in dem die Veränderung vorgenommen werden muß, um die Wirksamkeit des § 2172 zu veranlassen, sind Kleineidam (Seite 60) und Staudinger[2]) verschiedener Ansicht. Ersterer glaubt nämlich § 2172 auch auf solche Fälle anwenden zu müssen, in denen die Verbindung usw. bereits vor der Vermächtnisanordnung erfolgt ist. Dem kann jedoch nicht beigestimmt werden. Denn einmal spricht der Wortlaut des Gesetzes dagegen, da von einer „vermachten Sache" die Rede ist, die verbunden usw. „worden ist". Außerdem geht das aber auch daraus hervor, daß, wie aus dem Ausdruck „bewendet" in Absatz II Satz 2 erhellt, der angezogene § 2169 Abs. III für alle in Abs. II abgehandelten Fälle gilt und somit auch der durch ihn festgesetzte Zeitpunkt. Man muß daher mit Staudinger annehmen, daß die Veränderung nach der Anordnung des Vermächtnisses erfolgt sein muß.

Wie aber ist es zu halten, wenn vor dem für die Beurteilung der objektiven Unmöglichkeit bei Vermächtnissen maßgebenden Zeitpunkt die vermachte Sache wieder in ihren ursprünglichen Zustand zurückverändert wird? Die Motive[3]) sagen hierzu: „die Rückverwandlung der spezifizierten Sache zu regeln und etwa

---

[1]) Kleineidam S. 53/54; Strohal § 33 Anm. 6; Motive Bd. 5 Seite 157.
[2]) Gemeins. Bem. 2 C zu §§ 2171/72.
[3]) Bd. 5 Seite 157.

vorzuschreiben, das Vermächtnis sei wirksam, wenn die umgewandelte Sache in den früheren Stand zurückgebracht sei, würde sich nicht rechtfertigen lassen. Nur in seltenen Fällen wird mit Grund anzunehmen sein, die ursprüngliche Sache sei wieder hergestellt. Fast immer wird eine neue Sache vorliegen, auch wenn die frühere Masse wiederhergestellt ist. Von den Umständen des Falles hängt es ab, ob sich annehmen läßt, der Erblasser habe die Zuwendung auch dann gewollt, wenn sich etwas Derartiges inzwischen zugetragen haben sollte."

Diese hinsichtlich der Verarbeitung und Umbildung gemachten Ausführungen sind[1]) zu billigen und auch auf die Verbindung, Vermischung und Vermengung auszudehnen. Im letzteren Falle wird jedoch, da, vielleicht abgesehen von der Vermischung, meist nach der Rückveränderung, falls eine solche überhaupt durchführbar ist, wiederum die alte Sache und keine nova species vorhanden ist, in der Regel keine Unmöglichkeit vorliegen und daher das Vermächtnis trotz des erwähnten Zwischenstadiums als wirksam zu gelten haben.

b) Ist die vermachte Leistung nach den entwickelten Grundsätzen objektiv unmöglich, so ist das Vermächtnis laut § 2171 unwirksam, soweit nicht die in § 308, dessen entsprechende Anwendung in Satz 2 angeordnet ist, aufgezählten Ausnahmefälle vorliegen, bei denen infolge entsprechender Anordnung des Erblassers das Vermächtnis trotz objektiver Unmöglichkeit der Leistung seine Gültigkeit behält[2]).

Anwendbar ist ferner § 139, wonach also bei Unwirksamkeit[3]) eines Teiles des Vermächtnisses das ganze Vermächtnis nichtig ist, falls angenommen werden muß, daß der überbleibende Teil auch ohne den nichtigen Teil angeordnet worden wäre. Das ergibt sich einmal aus der vom Gesetzgeber in § 139 gewählten allgemeinen Bezeichnung „Rechtsgeschäfte", zu denen auch ein Vermächtnis gehört, andererseits aber auch aus der systematischen Stellung des § 139 im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Weiterhin verlangt Kleineidam (S. 62) noch die entsprechende Anwendung des § 265 und leitet diese her aus einem Vergleich des § 2174 mit dem § 241, woraus seiner Ansicht nach

---

[1]) So auch: Kleineidam Seite 61, Prochownik Seite 22.

[2]) Gültig ist daher unter Umständen auch das Vermächtnis von Gegenständen, die erst nach dem Tode des Erblassers zur Entstehung kommen; vgl. Boehm S. 142: „Meinem Wirtschaftsinspektor wende ich als Vermächtnis die erste Heuernte meiner Wiesen nach meinem Tode zu." Das Gleiche gilt nach § 2172 von einer vermachten Leistung, die gegen ein zur Zeit des Erbfalles bestehendes gesetzliches Verbot verstößt.

[3]) Dieselbe ist der sog. „Nichtigkeit" des Gesetzes, wenigstens im Erfolg, völlig gleich; vgl. Enneccerus Bd. I 1, § 136, C.

hervorgeht, daß es sich bei dem Vermächtnis ebenfalls um ein Schuldverhältnis handelt. Dem ist nur insoweit beizustimmen, als die Unmöglichkeit einer der mehreren, im selben Vermächtnis angeordneten Leistungen nach dem Anfall des Vermächtnisses eingetreten ist, wie überhaupt von diesem Zeitpunkt an für das Verhältnis zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten die allgemeinen, schuldrechtlichen Regeln gelten (vgl. oben Seite 69 Anm. 2). Im übrigen aber ist § 265 unanwendbar, da ein Schuldverhältnis sich aus dem Vermächtnis erst im Augenblicke des Anfallens desselben, und zwar zwischen Beschwerten und Bedachten, entwickelt, vorher aber jede schuldrechtliche Verpflichtung des Erblassers ausgeschlossen ist.

3. Begriff und Wirkung der subjektiven Unmöglichkeit. (Unvermögen.)

a) Die in zweiter Linie zu erörternde subjektive Unmöglichkeit oder das sog. Unvermögen liegt vor, wenn eine Leistung an sich zwar möglich, der Schuldner aber außerstande ist, sie zu bewirken[1]). Als Schuldner in diesem Sinne kommt bei Vermächtnissen nicht der Erblasser, sondern lediglich der Beschwerte in Betracht, da das Vermächtnis gemäß § 2174 frühestens mit dem Eintritt des Erbfalles den Rechtscharakter eines Schuldverhältnisses zwischen dem Beschwerten als Schuldner und dem Bedachten als Gläubiger erwirbt, während vorher keinerlei Verpflichtung des Erblassers oder einer sonstigen Person besteht. Es handelt sich also an sich nur um das Unvermögen des Beschwerten. Dieses ist aber, wie Kleineidam (S. 71) richtig hervorhebt, beim Vermächtnis ebenso bedeutungslos wie bei Verträgen, da, abgesehen von § 2170 Abs. II, keinerlei einschränkende, gesetzliche Bestimmungen getroffen sind. Besondere Bedeutung hat nur der Umstand, daß es sich beim Vermächtnis um ein „qualifiziertes Unvermögen"[2]) handelt, indem nämlich das Vermächtnis sich in der Regel[3]) als Zuwendung aus dem nachgelassenen Vermögen des Erblassers darstellt, sodaß ein Unvermögen des Beschwerten[4]) schon dann vorliegt, wenn die Erfüllung des Vermächtnisses aus den dem Beschwerten zugewandten Nachlaßteil unmöglich ist, selbst wenn derselbe die Leistung aus seinem persönlichen Vermögen oder sonstwie bewirken könnte[5]).

---

[1]) Enneccerus Bdd. I, 2, § 253. 1.

[2]) Kleineidam Seite 71/72.

[3]) Kleineidam a. a. O.; Leonhard § 2169 Anm. I; R.G. im Recht 1911 Nr. 1763.

[4]) Vgl. die unten erwähnte Ausnahme beim Verschaffungsvermächtnis Seite 85.

[5]) Ist dagegen ein zur Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten unzureichender Nachlaß vorhanden, so treten die § 1975 ff., insbesondere §§ 1991 Abs. IV, 1992 in Kraft, durch die aber nicht der rechtliche Bestand des

Das bestimmt § 2169 Abs. I[1]), wonach das qualifizierte Unvermögen nur dann ohne Bedeutung und Einfluß ist, wenn der Erblasser den nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstand auch für diesen Fall zugewendet hat, was evtl. im Wege der Auslegung festgestellt werden muß. Er trifft insbesondere den Fall, daß der dem Erblasser gehörende, vermachte Gegenstand vor dem Vermächtnisanfall aus dessen Vermögen, z. B. durch entgeltliche oder unentgeltliche Veräußerung, ausscheidet. Nichtzugehörigkeit zum Nachlaß liegt gemäß § 2169 Abs. IV aber auch schon vor, wenn der Erblasser zur Veräußerung des vermachten Gegenstandes verpflichtet ist, weil er ihn z. B. bereits verkauft und dem Käufer nur noch nicht geliefert hat. Lediglich das, zum Teil auf besonderer, gesetzlicher Anordnung beruhende Unvermögen ruft demnach in diesen Fällen die Unwirksamkeit[2]) des Vermächtnisses hervor, nicht ein in der Handlungsweise des Erblassers zu erblickender Widerruf, wie Endemann[3]) annimmt, schon weil ein derartiger Widerruf infolge Formmangels ungültig sein würde, vgl. §§ 2254 ff. Ohne Bedeutung ist es jedoch, wenn der vermachte Gegenstand zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses noch nicht zum Vermögen des Erblassers gehörte oder zwischenzeitlich vorübergehend aus dessen Vermögen ausgeschieden war[4]). Hat der Erblasser zur Zeit des Erbfalles nur den, mittelbaren oder unmittelbaren, Besitz der vermachten Sache, so gilt gemäß § 2169 Abs. II dieser als vermacht, soweit durch diese Zuwendung dem Bedachten ein rechtlicher Vorteil erwächst. Der Begriff des rechtlichen Vorteils ist hier sehr weit zu fassen. Es fällt unter ihn jedes wirtschaftliche Interesse[5]). Er fehlt, wenn z. B. die betr. Sache dem Erblasser nur zur Verwahrung übergeben war und daher gemäß § 695 regelmäßig[6]) kein Zurückbehaltungsrecht besteht[7]). § 2169 Abs. II kommt gemäß § 140 auch dann zur Anwendung, wenn der Erblasser irrtümlich vermeinte, dem Bedachten das Eigentum zuzuwenden, während ihm selbst nur noch der Besitz zustand, es sei denn, daß es sich um das noch zu erwähnende Verschaffungsvermächtnis handelt[8]).

Vermächtnisses und somit seine Gültigkeit, sondern nur seine Realisierbarkeit — entsprechend der Bonität einer Geldforderung u. s. w.; vgl. § 438 — betroffen wird.

[1]) § 2169 kommt auch analog zur Anwendung, wenn der Beschwerte nicht zur Übertragung, sondern nur zur Belastung einer Sache verpflichtet ist; vgl. Leonhard § 2169 Anm. IV; Kipp § 106 VIII.

[2]) Vgl. unten 3b). [3]) Band III § 69 Ziffer 5.

[4]) Strohal § 33 a, 1 c; vgl. auch Seite 85.

[5]) Kleineidam S. 74.

[6]) Vgl. Ausnahme in Enneccerus Bd. I, 2 § 390 Anm. 2. In diesem Fall ist ein rechtlicher Vorteil vorhanden.

[7]) Leonhard § 2169 Anm. III A; Kipp § 107, I, 2.

[8]) Leonhard § 2169 Anm. III A.

Hatte der Erblasser einen Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstandes, d. h. auf Übertragung des Eigentums an demselben, auf dessen tatsächliche Herausgabe[1]) oder auf Ersatz des Wertes des nach der Vermächtnisanordnung untergegangenen oder ihm entzogenen Gegenstandes, so gilt dieser Anspruch als vermacht, ohne Rücksicht darauf, auf welchem Rechtsgrunde derselbe beruht, also auch Ansprüche auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung, vgl. z. B. §§ 946, 947 Abs. II, 951 Abs. I. Das Gleiche muß analog für den Fall angenommen werden, daß der Erblasser die vorher erfolgte Zerstörung oder Entziehung bei Anordnung des Vermächtnisses nicht kannte. Das ergibt sich aus dem Sinn der betr. Gesetzesbestimmung, die bestrebt ist, dem Willen des Erblassers weitmöglichst zur Realisierung zu verhelfen und daher von ihm bei der Anordnung infolge Unkenntnis (so bei vorherigem Untergang usw.) oder Nichtvoraussehbarkeit (bei nachfolgendem Untergang usw.) unberücksichtigt gelassenen Umständen jeden Einfluß zu benehmen[2]). Geht der Ersatzanspruch, insbesondere ein Schadensersatzanspruch, aus irgendwelchen Gründen über den Wert des Gegenstandes hinaus, so gilt dieser Überschuß nicht als mitvermacht. Denn einmal wird von dem Vermächtnis nur der Substanzwert ergriffen[3]); sodann spricht dafür aber auch der Wortlaut des Gesetzes, der nur von dem Ersatz des „Wertes" spricht.

Wie bereits oben erwähnt, läßt § 2169 Abs I die Möglichkeit zu, daß auch ein nicht zur Erbschaft gehörender Gegenstand dem Bedachten vermacht sein kann, wenn dieser Wille des Erblassers nachweisbar ist. Meist wird er das wohl nicht sein, da in der Regel angenommen werden muß, daß der Erblasser nur das ihm zustehende Vermögen letztwillig zur Verteilung bringen und tunlichst davon absehen wird, neue Verpflichtungen zum Erwerb von Sachen usw. anzuordnen. Eine Ausnahme von dieser Regel wird man daher nur dann als gegeben ansehen, wenn nachweisbar — der Vermächtnisnehmer ist, wie die Worte „es sei denn" dartun, dafür beweispflichtig — die Zuwendung ohne Rücksicht auf die Zugehörigkeit der vermachten Sache gemacht worden ist, also z. B. der Erblasser bei der Vermächtniserrichtung gewußt hat, daß der betr. Gegenstand ihm nicht gehöre, und auch mit der Möglichkeit eines evtl. späteren Erwerbes desselben nicht rechnete[4]). In diesen Fällen spricht man von einem sog. Verschaffungsvermächtnis. Der mit dem Vermächtnis Be-

---

[1]) Leonhard § 2169 Anm. III A.

[2]) So auch Leonhard § 2169 Anm. III C; a. A. Kipp § 107 I 4; Prochownik S. 27 ff.

[3]) Kipp § 106 II.

[4]) Leonhard § 2169 Anm. I; Strohal Bd. II § 34 I; Kipp § 107 II; R.G. im Recht, 1911, Nr. 1763.

schwerte muß demnach den fremden Gegenstand sich beschaffen und seine Übertragung wie ein Verkäufer gegenüber dem Käufer bewirken, § 2170 Abs. I, § 2182 Abs. I, II. Ist er dagegen sein persönliches Eigentum gewesen, so bedarf es nur noch der Übertragung[1]). In gleicher Weise ist vorzugehen, wenn eine Sache oder Recht nur belastet werden soll[2]).

Eine Besonderheit ergibt sich, wenn der Beschwerte vom Erblasser zur Verschaffung eines Rechtes verpflichtet worden ist, das nicht besteht, durch Einrede entkräftet oder der Anfechtung oder Aufrechnung ausgesetzt ist. Obwohl nämlich in diesen Fällen meist objektive Unmöglichkeit der Leistungen vorliegen wird, tritt dennoch nicht der die Unwirksamkeit des Vermächtnisses anordnende § 2131 in Kraft; vielmehr muß der Beschwerte gemäß § 437, der durch § 2182 Abs. II und I für entsprechend anwendbar erklärt worden ist, für den rechtlichen Bestand des Rechtes einstehen, und zwar in der Weise, daß er gemäß § 2170 Abs. II zur Entrichtung des Wertes des vermachten Rechtes verpflichtet ist[3]). Anderer Ansicht ist Planck[4]), der § 437 nur dann entsprechend anwenden will, wenn der Beschwerte das zu verschaffende Recht erst begründen soll, und dazu nicht imstande ist, nicht aber, wenn der Erblasser den Bestand des betr. Rechtes irrtümlicherweise voraussetzte oder dasselbe zu der Zeit, in der die Verpflichtung zur Verschaffung eintrat, nicht mehr bestand. In letzterem Falle hält er die Anwendbarkeit des § 2170 Abs. II lediglich für eine Auslegungsfrage, für die sich keine allgemeine Regel feststellen lasse, und bejaht sie nur, falls die besonderen Umstände des einzelnen Falles einen derartigen Willen des Erblassers erkennen lassen, während er beim Fehlen derartiger Umstände das Vermächtnis auf Grund der Bestimmung des § 2171 für unwirksam erklärt. Diese Ansicht läuft dem klaren Wortlaut des Gesetzes zuwider. Denn § 2182 Abs. II, I erklärt, abgesehen von der Haftungsbeschränkung auf § 2170, jede der in Absatz I aufgezählten Bestimmungen, also auch § 437 für uneingeschränkt anwendbar. § 437 trifft aber auch den Fall, daß eine nicht bestehende, durch Einrede entkräftete oder der Aufrechnung ausgesetzte Forderung vom Verkäufer irrtümlich als zu Recht bestehend verkauft wird[5]).

Ist bei einem Verschaffungvermächtnis der Beschwerte zur Beschaffung außerstande, d. h. liegt in dieser Hinsicht ein Unvermögen — ist die Leistung objektiv unmöglich, so kommt, abgesehen von dem oben erörterten Fall der Verschaffungspflicht

---

[1]) Vgl. Strohal § 33 Anm. 2.
[2]) Vgl. Seite 83 Note 1.
[3]) Leonhard § 2182 Anm. I C; Strohal Bd. I § 34 Anm. 1.
[4]) § 2182 Anm. 2. b γ
[5]) Vgl. Emmeccerus Bd. I 2 § 329 II 3.

eines nicht bestehenden usw. Rechtes, § 2171 zur Anwendung —[1]) desselben vor, so ist er gemäß § 2170 Abs. II verpflichtet, dem Bedachten den Wert des Gegenstandes zu ersetzen. Ist die Verschaffung dagegen wohl möglich, aber nur mit unverhältnismäßigen Opfern — wie Leonhard[2]) sehr richtig hervorhebt, wird der Eigentümer der betr. Sache, falls er die Zwangslage des Beschwerten kennt, nicht selten außerordentlich hohe Forderungen stellen — durchführbar, so besteht für den Beschwerten eine Ersetzungsbefugnis, sog. facultas alternativa. Er darf nämlich unter solchen Umständen nach eigener Entschließung entweder diese Opfer zwecks Beschaffung bringen oder ebenfalls den Vermächtnisnehmer mit der Entrichtung des Wertes abfinden, ohne daß diesem ein Wahlrecht oder eine Einwendung gegeben ist.

Maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob ein Unvermögen des Beschwerten zur Beschaffung vorliegt oder er dieselbe nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen bewerkstelligen kann, ist der Zeitpunkt, in dem nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte er die Möglichkeit und somit die Pflicht hatte, sich den betr. Gegenstand zwecks Erfüllung des Vermächtnisses zu verschaffen, da ihm, abgesehen von dem Fall, daß der betr. Gegenstand dem Beschwerten selbst gehört, Zeit gelassen werden muß, die Verschaffung in die Wege zu leiten und zu versuchen. Dieser Zeitpunkt wird aus dem letzterwähnten Grunde in der Regel nicht mit dem Erbfalle zusammen fallen, sondern zeitlich entsprechend später liegen[3]).

Versäumt der Beschwerte diesen Zeitpunkt, so war kein Unvermögen usw. gegeben, und haftet er von da ab nach den allgemeinen, schuldrechtlichen Bestimmungen über die Folgen eines verschuldeten, nachträglichen Unvermögens.

Unter Wert im Sinne des § 2170 Abs. II ist nach Kleineidam (Seite 76), Staudinger[4]) und Kipp[5]) nicht der außerordentliche Wert, den die Sache gerade für den Bedachten hatte, sog. pretium singulare[6]), sondern der, meist geringere, gemeine Markt- oder Verkehrswert zu verstehen. Während Kipp und Staudinger keine weiteren Gründe für diese Ansicht vorbringen, beruft Kleineidam sich auf folgende, zugehörige Stelle in den Protokollen[7]):

---

[1]) Kein Unvermögen liegt vor, wenn der Beschwerte Eigentümer des zu verschaffenden Gegenstandes ist und dessen Herausgabe weigert. Das ergibt § 2170 Abs. I, da in diesem Falle der Beschwerte zur Beschaffung imstande ist.

[2]) § 2170 Anm. III.

[3]) Ist der Vermächtnisanfall von einer aufschiebenden Bedingung oder Fristsetzung abhängig gemacht, so tritt für den Beschwerten die erwähnte Pflicht, die Verschaffung in die Wege zu leiten, erst mit deren Eintritt ein.

[4]) Gem. Bem. II 3 zu §§ 2169, 2170.

[5]) § 107 II. 1.

[6]) Enneccerus Bd. I 2 § 234 I. 2.

[7]) Seite 6900.

„Bei der Erörterung trat eine Meinungsverschiedenheit darüber hervor, ob der Ersatz des außerordentlichen Wertes überhaupt und unter allen Umständen ausgeschlossen sei. Eine Entscheidung der Kommission wurde über diesen Punkt nicht herbeigeführt." Außerdem führt er aus, daß seine Ansicht auch von dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung selbst getragen werde, die entgegen dem § 1849 des I. Entwurfes ohne jede Andeutung einer Beziehung des Wertes zu den Verhältnissen des Legatars nur von dem „Wert des Gegenstandes" spreche. Diese Begründung ist nicht stichhaltig. Denn, wie Kleineidam selbst erwähnt, stand der I. Entwurf auf dem entgegengesetzten Standpunkt, und auch die Kommission, deren Verhandlungen die Protokolle wiedergeben, konnte sich über diesen Punkt nicht abschließend einigen. Die Gesetzesmaterialien scheiden somit in diesem Falle als Auslegungsmittel[1]) aus. Da auch der Wortlaut des Gesetzes keine bestimmten Anhaltspunkte ergibt, so muß die Zweckmäßigkeit und Billigkeit und vor Allem der Zusammenhang der Bestimmung mit dem übrigen Gesetzesinhalt für die Auslegung ausschlaggebend sein. Diese Momente sprechen aber sämtlich gegen die hier bestrittene Ansicht. Wie die §§ 2169 Abs. I und 2170 Abs. I ergeben, gründet sich die Gültigkeit des Verschaffungsvermächtnisses darauf, daß nach dem Willen des Erblassers dem Bedachten gerade diese bestimmte Sache ohne Rücksicht auf deren Eigentumsverhältnisse zugewendet werden soll. Darin liegt, daß der Erblasser gerade diese Sache — in der Regel muß man mit solch vernünftigen Motiven des Erblassers rechnen, solange nicht das Gegenteil dargetan ist — als für den Vermächtnisnehmer besonders wertvoll und praktisch verwendbar erachtet und sie ihm daher mit Rücksicht auf den in derselben gerade für ihn steckenden besonderen Wert zugedacht hat[2]). Es entspricht somit der Billigkeit und dem ganzen Charakter des Verschaffungsvermächtnisses, dem Bedachten im Falle des § 2170 Abs. II auch anstelle des ihm ohne sein Zutun entgangenen Gegenstandes den in diesem „für ihn" repräsentierten, außerordentlichen Wert zuzusprechen, da er nur dann das unverkürzt erhalten wird, was ihm der Erblasser hat zuwenden wollen. Kleineidam ist sich der Unbilligkeit seiner Ansicht auch bewußt und will (S. 78) daher dann den Ersatz des außerordentlichen Wertes verlangen, wenn der Erblasser denselben für den Fall des Unvermögens ausdrücklich angeordnet hat. Man darf jedoch im Gegenteil den Ersatz des „gemeinen" Wertes nur dann für ausreichend erachten, wenn eine dahingehende, ausdrückliche Bestimmung des Erblassers vor-

[1]) Vgl. Enneccerus Bd. I, 1 § 50. I. 1. 2.

[2]) Vgl. auch § 2155 Abs. I, in dem diese Tendenz des Gesetzgebers hinsichtlich des Gattungsvermächtnisses, einer Unterart des Verschaffungsvermächtnisses, ihren klaren Ausdruck gefunden hat.

liegt. Maßgebend für die Wertberechnung ist der gleiche Zeitpunkt, der bei der Beurteilung des Vorliegens eines Unvermögens zur Beschaffung im Sinne des § 2170 Abs. II maßgebend ist[1]), da nach dem Willen des Erblassers dem Bedachten in diesem Augenblicke der zu verschaffende Gegenstand zufallen sollte.

Genau genommen decken sich diese beiden Momente allerdings nicht ganz. Denn da in der Regel der Beschwerte den betr. Gegenstand zuerst sich selbst verschaffen und, in Übereinstimmung mit dem Willen des Erblasses, erst dann auf den Bedachten übertragen wird, ergibt sich zwischen beiden eine Zeitdifferenz, die aber derart geringfügig ist, daß sie in der Regel unbeachtet bleiben kann.

Die Ansicht Kleineidam's (Seite 78), daß der Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruches entscheidend sei, ist daher unrichtig, ganz abgesehen davon, daß sie zu Unzuträglichkeiten führen würde, da unter diesen Umständen für den Vermächtnisnehmer die Möglichkeit bestehen würde, mit der Geltendmachung bis zu einer ihm günstigeren Konstellation zu warten und dann zum Nachteil des Beschwerten einen höheren, ungerechtfertigten Wert zu verlangen.

Eine Unterart des Verschaffungsvermächtnisses ist das sog. Gattungsvermächtnis, d. h. eines nur der Gattung nach bestimmten Gegenstandes. Hinsichtlich dieser Vermächtnisart gelten die besonderen Bestimmungen der §§ 2155, 2182 Abs. I und 2183. Ist der Beschwerte zur Beschaffung außerstande oder können nur unverhältnismäßige Aufwendungen sie ermöglichen, so tritt die in § 2170 Abs. II geregelte Haftungsbeschränkung in Kraft[2]). Das geht aus dem erwähnten Charakter des Gattungsvermächtnisses als Unterart des Verschaffungsvermächtnisses hervor. Eine Besonderheit ist nur insoweit vorhanden, als der Beschwerte in der Regel lediglich beim Vorliegen objektiver Unmöglichkeit im Sinne des § 2170 Abs. II Satz 1 zur Beschaffung außerstande ist. Hat dagegen der Erblasser ein begrenztes Gattungsvermächtnis angeordnet in dem Sinne, daß dem Bedachten ein Gegenstand einer im Vermögen des Erblassers selbst vorhandenen Gattung zugewandt werden sollte, so ist Unmöglichkeit, und zwar objektive Unmöglichkeit[3]) schon dann gegeben, wenn die Leistung aus dem Nachlaß im entscheidenden Zeitpunkt unmöglich ist. Ein solches Vermächtnis ist jedoch kein Verschaffungsvermächtnis, — es sei denn, daß die betr. Gattung durch Erbgang einem anderen als dem Beschwerten zufällt —, sodaß § 2170 Abs. II hier keine Anwendung finden kann.

---

[1]) Vgl. Seite 86.
[2]) Vgl. Leonhard § 2182 Anm. I; a. A. Kipp § 108 I.
[3]) Vgl. auch Enneccerus Bd. I. 2 § 230. III.

b) Die Wirkung des ursprünglichen Unvermögens ist die gleiche wie beim Vorliegen ursprünglicher objektiver Unmöglichkeit: das Vermächtnis ist gemäß den §§ 2169, 2170 unwirksam[1]). Im übrigen wird auf die zu 2 b) gemachten Ausführungen Bezug genommen, die hier entsprechende Anwendung finden.

B. Auflagen.

Zum Schluß seien noch kurz diejenigen Auflagen erwähnt, die den Erben oder Vermächtnisnehmer zu einer objektiv oder subjektiv unmöglichen Leistung verpflichten. Auf sie finden die unter IV A hinsichtlich der gleichartigen Vermächtnisse gemachten Ausführungen entsprechende Anwendung, soweit sich dieselben mit der besonderen Natur der Auflage in Einklang bringen lassen, was fast durchweg der Fall ist. Das ergibt sich einmal aus § 2192, der eine große Anzahl der fraglichen Bestimmungen, insbesondere den § 2171 ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklärt. Hinsichtlich der übrigen, nicht ausdrücklich angezogenen Bestimmungen dagegen kommt man im Wege des Analogieschlusses zum gleichen Ergebnis[2]). Zu beachten ist bei Unwirksamkeit einer Auflage § 2195, wonach bei Unwirksamkeit einer Auflage die unter der Auflage gemachte Zuwendung im Zweifel bestehen bleibt und nur dann ebenfalls unwirksam wird, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht haben würde.

---

[1]) Vgl. Leonhard § 2171 Anm. III. A; Strohal Bd. I § 30 Anm. 3.

[2]) Vgl. Enneccerus Bd. I. 1. § 53 II, III; Leonhard § 2192 Anm. III, § 2193 Anm. II; Kipp § 114 II; Planck § 2192 Anm. 1 und andere.

Lebenslauf.

Ich, Rudolf Pusch, Sohn des Rechnungsrates und Stadtverordneten Franz Rudolf Pusch und seiner Ehefrau Ida, geb. Klein zu Wiesbaden, bin daselbst am 24. März 1891 geboren. Ich bin evangelisch und Preuße. Nach vierjährigem Besuche der Mittelschule trat ich Ostern 1901 in die Sexta des Kgl. humanistischen Gymnasiums zu Wiesbaden ein, das ich Ostern 1910 mit dem Reifezeugnis verließ, um Rechtswissenschaft zu studieren. Zu diesem Zwecke besuchte ich im S.-S. 1910 und W.-S. 1910/11 die Universität Heidelberg, im S.-S. 1911 und W.-S. 1911/12 die Universität Berlin und im S.-S. 1912 und W.-S. 1912/13 die Universität Marburg. Am 23. September 1913 bestand ich in Cassel meine erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „Gut". Nach meiner Annahme als Referendar war ich zunächst neun Monate dem Kgl. Amtsgericht zu Hochheim a. M. überwiesen. Meine Landgerichts-, Staatsanwaltschafts-, Rechtsanwaltschafts- und zweite Amtsgerichtsstation habe ich in Wiesbaden absolviert. Z. Zt. bin ich dem Königlichen Oberlandesgericht zu Frankfurt a. M. überwiesen.

Mein juristisches Doktorexamen bestand ich am 24. Februar 1917 „cum laude". Berichterstatter über meine Dissertation war Se. Magnifizenz Herr Rektor Professor Dr. Franz Leonhard, dem ich für die freundliche Beratung bei Auswahl und Abfassung der Arbeit zu besonderem Danke verpflichtet bin.

Rudolf Pusch.